



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

EL PROBLEMA INHERENTE AL DERECHO DE REGRESO EN EL PAGO
DEL TERCERO REALIZADO EN CONTRA DE LA PROHIBICIÓN
DEL DEUDOR PRINCIPAL

Autor

Juan Sebastián Quirola Racines

Año
2019



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

EL PROBLEMA INHERENTE AL DERECHO DE REGRESO EN EL PAGO
DEL TERCERO REALIZADO EN CONTRA DE LA PROHIBICIÓN
DEL DEUDOR PRINCIPAL

Trabajo de Titulación presentado en conformidad con los requisitos
establecidos para optar por el título de Abogado de los Tribunales
y Juzgados de la República

Profesor Guía

PhD. Juan Carlos Prado Rodríguez

Autor

Juan Sebastián Quirola Racines

Año

2019

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

“Declaro haber dirigido este trabajo, El problema inherente al derecho de regreso en el pago del tercero realizado en contra de la prohibición del deudor principal a través de reuniones periódicas con el estudiante Juan Sebastián Quirola Racines, en el semestre 201920, orientando sus conocimientos y competencias para un eficiente desarrollo del tema escogido y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación”.

Juan Carlos Prado Rodriguez
PhD. en “Sistema Jurídico Romanístico y Unificación del Derecho”
C. I. 1704930831

DECLARACIÓN DEL PROFESOR CORRECTOR

“Declaro haber revisado este trabajo, El problema inherente al derecho de regreso en el pago del tercero realizado en contra de la prohibición del deudor principal del estudiante Juan Sebastián Quirola Racines, en el semestre 201920, dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación”.

Paul Bernardo Pérez Vázquez
Magister en Derecho Procesal
C. I. 1715212906

DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE

Yo, Juan Sebastián Quirola Racines, declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes.

Juan Sebastián Quirola Racines
C.I.1717968588

AGRADECIMIENTOS

A Dios, por darme fuerza en cada momento de mi vida. A mi familia, quienes me han impulsado en todo el transcurso de mi etapa estudiantil. A mis profesores, especialmente al Dr. Juan Carlos Prado, por su ayuda brindada y dedicación en este trabajo de investigación. Y mi jefa la Doctora Priscila de la Cruz que me ayudo en el desarrollo de este trabajo.

DEDICATORIA

A mi madre por ser ese ángel, que me guio en cada decisión de mi vida, que a pesar de caer o fallar, me supo levantar con una sonrisa, una palabra o una advertencia, pero que jamás me falló cuando más la necesite y por ser ese ejemplo de que en la vida siempre se puede lograr lo que uno quiere y desea. A mis abuelos Celia y Luis que me han demostrado que la humildad es un pilar fundamental para ser una gran persona, al Doctor Nelson Quirola que fue un ejemplo de qué tipo de abogado quiero ser, gracias abuelo. A mi padre que le quiero mucho y que es una persona importante en mi vida. Finalmente, a mi novia que es uno de mis pilares para ser cada día un mejor ser humano, hombre y abogado.

RESUMEN

La presente investigación aborda el problema inherente al derecho de regreso que surge en consecuencia del pago de la deuda ajena realizado por un tercero (*solvens*) no interesado y en contra de la expresa voluntad del deudor principal. A tal respecto, para determinar el derecho de regreso y la consiguiente acción de restitución en favor del *solvens*, asistimos a una contradicción en la normativa del Código civil ecuatoriano entre los artículos 1590 y 2191, ya que el primero excluye el derecho de regreso en favor del tercero *solvens*, dejando abierta solo la posibilidad de recurrir a la subrogación convencional que, sin embargo, dependería exclusivamente de la voluntad del acreedor y por otra parte, el artículo 2191 admite el regreso en favor del *solvens* siempre que la intervención solutoria haya comportado una utilidad para el deudor principal, la cual resulta evidente al extinguir la obligación que debía solventar este último.

En este sentido, el primer capítulo analiza las connotaciones que se recaban del artículo 1588 C.c. sobre las formas de pago por un tercero admitidas en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Mientras que, en el segundo capítulo, a más de establecer los fundamentos históricos que están a la base de la contradicción existente en el Código civil de Bello, se estudia sobre la normativa referente al derecho de regreso ante tal supuesto y se realiza una comparación jurídica sobre la misma cuestión en las experiencias jurídicas de España y de Argentina. Por último, el tercer capítulo plantea las posibles soluciones que se presentan sobre el problema de fondo, entre ellas la vía dirigida a mantener el equilibrio (*aequitas*) entre las partes de la obligación a través de la acción de enriquecimiento o de *rem in verso*.

ABSTRACT

The present investigation addresses the problem inherent in the right of return that arises as a result of the payment of the foreign debt made by a third party (solvens) not interested and against the express will of the principal debtor. In this regard, to determine the right of return and the consequent restitution action in favor of the solvent, we witness a contradiction in the regulations of the Ecuadorian Civil Code between articles 1590 and 2191, since the former excludes the right of return in favor of the third solvent, leaving open only the possibility of resorting to the conventional subrogation that, however, would depend exclusively on the will of the creditor and on the other hand, article 2191 admits the return in favor of the solvens provided that the solutory intervention has led to utility for the principal debtor, which is evident when the obligation to be paid by the latter is extinguished. In this sense, the first chapter analyzes the connotations that are collected from article 1588 C.c. on the forms of payment by a third party admitted in the Ecuadorian legal system. While, in the second chapter, in addition to establishing the historical foundations that are at the base of the contradiction in the Civil Code of Bello, the regulations regarding the right to return to such assumption are studied and a legal comparison is made on the same issue in the legal experiences of Spain and Argentina. Finally, the third chapter raises the possible solutions that arise on the underlying problem, including the way to maintain the balance (aequitas) between the parties of the obligation through the enrichment or rem in verse action.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	1
1. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL PAGO POR TERCERO... 3	
1.1. Admisión del pago por tercero en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.....	3
1.1.1. Análisis doctrinal del artículo 1588 del Código Civil ecuatoriano.	3
1.1.2. Diferentes formas de intervención por parte del tercero solvens.	5
1.1.2.1. Pago con consentimiento expreso o tácito del deudor.	6
1.1.2.2. Pago sin conocimiento del deudor.	7
1.1.2.3. Pago en contra de la expresa voluntad del deudor.	8
1.2. Requisitos para hacer efectivo el derecho de regreso.	8
1.2.1. Fundamentos jurídicos para la legitimación del pago de un tercero. 8	
1.2.2. Presupuestos del pago de un tercero.....	9
1.2.2.1. Ajenidad de la deuda y concepto de tercero.	9
1.2.2.2. Animus solvendi.....	9
1.2.2.3. Distinta regulación respecto a las obligaciones de dar o de hacer (intuitu personae).....	10
1.2.2.4. Requisitos del pago del tercero.....	11
1.3. Mecanismos para hacer efectivo el pago del tercero.	12
1.3.1. El pago por subrogación.	12
1.3.1.1. La subrogación en la dogmática jurídica moderna.	12
1.3.1.2. Regulación de la subrogación en el Código Civil ecuatoriano..	13
1.3.2. Tipos de subrogación.....	15
1.3.2.1. Subrogación legal.....	15
1.3.2.2. Subrogación convencional.....	17
2. SURGIMIENTO DE LA PROBLEMÁTICA JURÍDICA INHERENTE AL DERECHO DE REGRESO EN EL PAGO DEL TERCERO EN CONTRA DE LA PROHIBICIÓN DEL DEUDOR PRINCIPAL.....	17

2.1. Aspectos históricos sobre la cuestión prohibente debitorum en el Derecho Romano.....	17
2.2. La regulación en las Siete Partidas.	20
2.3. La doctrina europea precodificadora: la postura de Pothier..	21
2.4. Recepción de la cuestión prohibente debitorum en el Código Civil chileno de Don Andrés Bello (1855).....	22
2.4.1. Análisis doctrinal del artículo 1590 del C.c.	24
2.4.2. Análisis doctrinal del artículo 2191 C.c.	25
2.5. El pago prohibente debitorum desde el derecho como comparado.	26
2.5.1. El Código Civil español (1889).	26
2.5.2. Los Códigos civiles de Argentina (1869 y 2015).....	28
3. LAS VÍAS PARA ACTUAR EL DERECHO DE REGRESO EN FAVOR DEL TERCERO SOLVENS.	30
3.1. La vía de la subrogación convencional (art 1590 C.C.) “sometido a la voluntad del acreedor”	30
3.1.1. Definición y fundamentos de la subrogación convencional.....	30
3.1.2. Requisitos para que se efectuó la subrogación convencional.	31
3.1.2.1. El pago debe realizarlo un tercero.	31
3.1.2.2. El acreedor debe consentir la subrogación.	32
3.1.2.3. Que se haga expresamente al tiempo del pago.....	32
3.1.2.4. Que conste en la carta de pago.	33
3.2. El derecho de regreso ipso iure mediante la acción de in rem verso o de enriquecimiento injustificado (art. 2191 C.c)....	33
3.2.1. Generalidades del enriquecimiento injustificado.....	33
3.2.2. Presupuestos del enriquecimiento injustificado.	34
3.2.3. Efectos del enriquecimiento injustificado.	37
3.2.4. Relación entre el enriquecimiento y la gestión de negocios.	37
3.2.5. La actio de in rem verso.	38

3.3. Nuevas perspectivas legislativas sobre la cuestión prohibente debitorum.....	39
3.3.1. Una solución innovadora en la normativa argentina.	39
4. JURISPRUDENCIA CORRESPONDIENTE AL PAGO PROHIBENTE DEBITORE.....	40
5. CONCLUSIONES.	43
REFERENCIAS	45
ANEXOS.....	49

INTRODUCCIÓN.

La presente investigación aborda el problema jurídico que se genera a partir de la contradicción existente entre los artículos 1590 y 2191 del Código Civil ecuatoriano, en adelante C.C., sobre el derecho de regreso en el pago realizado por un tercero ajeno a la deuda y realizado contra la expresa voluntad del deudor principal.

En este sentido, el artículo 1590 del C.C. excluye la acción de regreso de manera directa, siendo en este caso posible recurrir a la subrogación convencional, es decir que el acreedor le ceda voluntariamente sus acciones al deudor principal; mientras que el artículo 2191 del C.C., establece que aquel que al gestionar el negocio ajeno genera un beneficio para el titular del mismo, tiene derecho de regreso, presentándose en tal caso el supuesto específico de pago de la deuda realizado por un tercero.

Al respecto, en el primer capítulo se abordará el tratamiento que el pago realizado por un tercero tiene en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, para lo cual se desarrollará un análisis doctrinal del artículo 1588 del C.C., refiriendo a las formas en que el solvens puede intervenir, donde la más relevante será la que se realiza contra la expresa voluntad del deudor principal. En este sentido se presentarán los presupuestos necesarios que resultan de cada intervención solutoria por parte del tercero y de su consiguiente derecho de regreso para cada supuesto.

Dentro del referido capítulo, también se analizará las causas de admisión de pago por un tercero, el límite permitido para que un ajeno a la deuda intervenga en una obligación (las mismas que son de dar o de hacer), los mecanismos que son efectivos cuando se da el pago por un tercero, donde se hará énfasis en la subrogación, misma que puede ser legal o convencional y que se aplicaran de acuerdo con la norma.

En el segundo capítulo se evidenciará el surgimiento de la problemática jurídica inherente al pago realizado por un tercero en contra de la prohibición del deudor principal. En este contexto, se desarrollará la temática referente al pago *prohibente debitore* en el Derecho Romano, el mismo que tuvo contradicciones al momento de aplicar la acción de regreso al *solvens*, tanto en el derecho clásico, en el D.17,1,40, como en referencia a la postura de uno de los más importantes juristas de la época como fue Justiniano en el *Codex* 2,18, 24.

Así también, se efectuará un estudio a la regulación contenida tanto en las Siete partidas como en la doctrina europea precodificadora en base a la postura de Pothier, a fin de determinar la influencia de las mismas en la codificación del Código civil de Andrés Bello, específicamente en relación al pago realizado por un tercero. Finalmente se estudiará la regulación de la recepción de la cuestión *prohibente debitore* en el código de don Andrés Bello, que permita solventar la contradicción existente en los artículos 1590 y 2191 del Código Civil ecuatoriano.

Para concluir el capítulo segundo, se realizará un estudio comparativo del pago *prohibente debitore* prevista en la legislación española que data de los años 1889 y en la argentina de 1869 y 2015, en las cuales se evidenciará algunas particularidades innovadoras respecto a la figura jurídica en mención.

Finalmente, en el tercer capítulo se estudiarán las vías admitidas en el ordenamiento jurídico ecuatoriano a favor del *solvens*, para hacer efectivo el derecho de regreso, principalmente aquella sometida a la voluntad del acreedor, conocida como subrogación convencional (artículo 1590), la misma que no es una vía directa, toda vez que requiere de la aceptación por parte del acreedor para que el tercero goce de las acciones y privilegios que poseía el mismo y que al estar satisfecho puede transmitir las al *solvens*.

A fin de establecer una vía de regreso de forma directa, se procederá al análisis del artículo 2191 del C.C., en virtud del cual, para el pago de un tercero se reconoce el derecho de regreso en función al enriquecimiento injustificado

del mismo, con lo cual se quebrantaría el *aequitas* entre las partes de la obligación. Como se puede observar existe una contradicción entre los artículos del código civil, ya que por una parte se niega el derecho de regreso y por otra se permite siempre que se de una utilidad al deudor principal por la intervención del *solvens*.

En este contexto, se concluirá con la presentación de un esbozo legislativo donde consten las nuevas perspectivas que se han planteado sobre la cuestión *prohibente debitore* en el derecho argentino, a través del nuevo “Código Civil y comercial de la nación Argentina”.

Cabe indicar que, el artículo 915 del Código Civil y Comercial de la nación Argentina, en su numeral 4, plantea una solución innovadora a la *prohibente debitore* al determinar la subrogación ipso iure del solvens en los derechos del acreedor.

1. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL PAGO POR TERCERO.

1.1. Admisión del pago por tercero en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

1.1.1. Análisis doctrinal del artículo 1588 del Código Civil ecuatoriano.

El Código Civil ecuatoriano, en su libro cuarto, artículo 1588 establece que una obligación puede ser pagada a nombre del deudor:

“Art. 1588.- (...) por (...) cualquier persona a nombre del deudor, aun sin su conocimiento o contra su voluntad, y aun a pesar del acreedor. Pero si la obligación es de hacer, y si para la obra de que se trata se ha tomado en consideración la aptitud o talento del deudor, no podrá ejecutarse la obra por otra persona, contra la voluntad del acreedor.”

La disposición transcrita establece que la extinción de la obligación puede suscitarse por una persona ajena al deudor, salvo el caso en que la referida obligación recaiga en “hacer”, donde las cualidades y aptitudes del deudor/obligado sean determinantes para su cabal cumplimiento.

Es importante resaltar, que el pago de la obligación efectuada por un tercero ajeno a ella puede darse aún con el desconocimiento del deudor principal. Ante esto, el autor Abeliuk (2001, p.491), infiere que el pago debe mantener concordancia con lo establecido en la ley; lo cual, en función a lo prescrito por el C.C., el pago puede realizarse, tanto por aquella persona que adquirió la obligación, como por un tercero ajeno a la deuda, quien actúa bajo conocimiento o no del deudor principal e incluso contra su voluntad, es decir, renuencia a realizar el pago.

El autor Meza Barros (2014, p.166) considera que el pago es aquella obligación que nace por un vínculo jurídico, entre el acreedor y deudor, y la forma natural para extinguir el vínculo jurídico entre ambas partes es por medio de la ejecución de la obligación.

De igual manera, Bolaños (2004, p.185) menciona que el pago es la forma para dar cumplimiento con la obligación adquirida, pero sin importar la persona que lo realice.

El artículo 1584 del C.C, establece que: *“El pago efectivo es la prestación de todo lo que se debe”*; en otras palabras, el pago es entregar una suma de dinero adeudada con el fin de extinguir la obligación adquirida con el acreedor, esto dentro del contexto de aquellas obligaciones de “dar”. En cuanto a las obligaciones de “hacer”, conforme lo recoge el C.C., así como lo manifiesta el autor Guillén (2008, p.39), existen límites que responden a las características, habilidades y condiciones propias del deudor, lo cual convierte a la referida obligación en intransferible.

En conclusión, se puede decir que el artículo 1588 del Código Civil ecuatoriano permite que una obligación pueda cancelarse por cualquier persona, pese a que el deudor principal manifieste su voluntad en contrario. No obstante, la cancelación de la deuda por una tercera persona, excluye a aquellas obligaciones de hacer donde lo imperante son las cualidades o aptitudes de la persona específica que se obliga, tornándose en intransferibles hacia una persona diferente.

Doctrinariamente se reconoce al pago como una forma para dar cumplimiento a una obligación, resaltando que el mismo puede ejecutarse por una tercera persona; no obstante, las obligaciones de hacer no pueden asumirse por un tercero, toda vez que las mismas entrañan una naturaleza intransferible.

1.1.2. Diferentes formas de intervención por parte del tercero *solvens*.

Para Abeliuk (2001, p.492) existen tres categorías respecto al sujeto que efectúa el pago, estas son:

- El deudor, que se constituye en forma natural de extinguir la obligación;
- Aquel que tiene un interés en que la obligación resulte extinta;
- Un extraño a la deuda;

Abeliuk (2001, p.492) menciona que la principal persona que debe cancelar la deuda es quien la adquirió, teniendo en cuenta que el deudor principal no es solo aquella persona que contrajo la obligación, sino cualquier persona que en nombre del deudor principal la asume. Es decir, que, pese a que un pago sea efectuado por un tercero distinto al deudor, ya sea su representante, herederos o legatarios, la extinción de la deuda se asumirá como efectuada por el deudor inicial y natural de la obligación.

El autor Meza Barros (2014, p.167) menciona que el pago se puede realizar por una persona interesada en la extinción de la obligación, teniendo en cuenta que el tercero interesado en la cancelación de la deuda no posee la calidad de

deudor directo, pero al ser un interesado, puede ser obligado por el acreedor a dar cumplimiento a la obligación.

Finalmente, el mismo artículo 1588 del C.C., establece que el pago puede realizarse por un tercero extraño a la deuda sin el conocimiento del deudor principal. Lo cual es corroborado por el autor Prado Rodríguez (2011, p.217) quien manifiesta que el pago puede darse por un tercero extraño al vínculo obligatorio, aun ante la negativa del deudor, derivándose en tres situaciones:

1. Pago con consentimiento expreso o tácito del deudor;
2. Pago sin conocimiento del deudor; y
3. Pago en contra de la expresa voluntad del deudor.

Es importante destacar que el pago de una obligación puede darse por tres tipos de personas, entre las cuales se enuncia a aquella que es totalmente extraña a la deuda y que por lo mismo posee la facultad de activar su derecho de regreso. Al respecto se observan tres situaciones que giran en torno a la actuación del “*solvens*”: en primer lugar cuando su accionar cuenta con el consentimiento del deudor principal, en segundo lugar cuando su accionar se desprende de la facultad entregada para ejercer la administración de un negocio generándose un beneficio; y, cuando su operación no cuenta con el consentimiento del deudor principal, lo cual se entiende como una intromisión en la relación jurídica que torna en inaplicable el derecho de regreso, dejando a expensas de la voluntad del acreedor la cesión de sus derechos al “*solvens*” para que pueda recuperar el dinero invertido en cancelar la deuda ajena.

1.1.2.1. Pago con consentimiento expreso o tácito del deudor.

Conforme lo señala el autor Abeliuk (2001, p.492), al realizar el pago un tercero con el consentimiento del deudor, la extinción de la deuda no se concibe que se realice por un extraño a la misma, en virtud del consentimiento o mandato

con el cual cuenta el tercero en mención, por parte del deudor natural y que le faculta a realizar el pago.

De igual manera, Meza Barros (2014, p.169), identifica que el pago realizado por un tercero que cuenta con el consentimiento del deudor principal, tiene asidero en el artículo 2020 del C.C., donde se establece la figura del mandato, entendido como un contrato que contiene las acciones permitidas a ejercer por parte del mandatario, en nombre del deudor principal o mandante.

Un aspecto importante a resaltar dentro de la figura del mandato es la estipulación de la obligación de reembolsar al mandatario los gastos en que incurra para el ejercicio de las acciones del mandato, así como los intereses correspondientes por el pago, lo cual es establecido por el artículo 1626 C.C en el numeral cinco.

Por último, en cuanto al pago realizado por un interesado, Borda (2012, p.307) manifiesta que el efecto que genera la cancelación de la deuda por un tercero interesado, es el reembolso del dinero con el cual se dio por extinta la obligación, propendiendo a que no exista beneficio solo por una parte.

1.1.2.2. Pago sin conocimiento del deudor.

El pago sin conocimiento del deudor, conforme lo señala Abeliuk (2001, p.495), es actuar en nombre de una persona y por cuenta de esta, sin ningún derecho de representarla, lo cual se conoce como agencia oficiosa o gestión de negocios ajenos y que está contemplada en el artículo 2186 del C.C., bajo la figura de cuasicontrato, misma que se administra sin un mandato.

Esta modalidad de pago conlleva, conforme lo indica Meza Barros (2014, p.168), que el *solvens* ejecute la acción de regreso, como efecto de la gestión de negocios ajenos con el fin de que se restituya lo pagado. Por otra parte, Abeliuk (2001, p.496) manifiesta que la acción de regreso en la figura de la agencia oficiosa es justificable, debido a que el derecho no admite el

enriquecimiento injustificado. En este sentido, el artículo 1589 del C.C., reconoce que la persona que paga sin el conocimiento del deudor contará con la acción de regreso en el límite de lo pagado.

1.1.2.3. Pago en contra de la expresa voluntad del deudor.

En relación al pago que efectúa un tercero en contra de la expresa voluntad del deudor, el autor Serrano Herrera (2011, p.154), explica que se debe tener en cuenta que existe la intromisión en una relación jurídica frente a la cual se es extraño. De igual manera Ramos Pazos (2008, p.349), infiere que como efecto de este tipo de pago es la falta de reembolso de lo pagado, a no ser que el acreedor ceda de manera voluntaria sus derechos.

Al respecto, el artículo 1590 del C.C., establece que al generarse un pago contra la expresa voluntad del deudor, el tercero no podrá realizar la acción de regreso, a menos que el acreedor le ceda de forma voluntaria su acción para poder reclamar el reembolso.

1.2. Requisitos para hacer efectivo el derecho de regreso.

1.2.1. Fundamentos jurídicos para la legitimación del pago de un tercero.

El Código Civil ecuatoriano, en su Libro IV, Título XIV, instaure las formas de extinguir las obligaciones. En primer lugar, en el artículo 1588 e menciona que el pago debe realizarse por aquel que contrajo la obligación, pero la misma norma dispone que “(...) *cualquier persona a nombre del deudor puede realizar el pago* [...]”.

Dentro de los elementos del pago se distingue a los sujetos que intervienen en el mismo, destacándose el criterio del autor Claro Solar (1978, p.47) referente a la diferenciación entre personas que deben pagar y aquellas que pueden pagar.

En esta línea de ideas, entre las personas obligadas a pagar se menciona al deudor principal o sus herederos, en virtud de la transmisibilidad de las obligaciones, salvo que estas sean personalísimas; los codeudores, quienes pueden pagar en cuotas o por una totalidad; y, por último aquellos que acceden a la obligación principal como fiadores.

Por otra parte, a las personas que pueden pagar, se las conoce como extraños a la obligación o terceros, quienes según Palmero (1973, p.19), son aquellas que aparecen cuando se amenaza la voluntad del deudor y actúan con la finalidad de que se genere el beneficio de liberar al deudor.

1.2.2. Presupuestos del pago de un tercero.

1.2.2.1. Ajenidad de la deuda y concepto de tercero.

La ajenidad sobre una deuda, según Serrano Herrera (2011, p.146), se refiere al cumplimiento de la obligación por parte de quien no está obligado a satisfacer el crédito.

En cuanto a la definición de tercero, Serrano Herrera (2011, p.149), manifiesta que es la persona que sustituye al deudor principal, aun contra su voluntad o ignorancia, con el único fin de que la obligación sea cancelada. Es relevante añadir a la definición antes indicada, por el mismo autor Serrano Herrera (2011, p.150), quien alude a la ausencia de interés en la extinción de la obligación por parte del tercero; ya que, de existir el referido interés, la ajenidad a la deuda desaparecería y los efectos serían muy diferentes.

1.2.2.2. *Animus solvendi*.

Se entiende por *animus solvendi* a la voluntad que no puede faltar en el tercero, que asume el pago a fin de extinguir la obligación ajena. De acuerdo a

lo expresado por Bolaños (2004, p.206), es el único requisito subjetivo que se requiere que esté presente en el pago realizado por un tercero, con el fin de demostrar la conciencia e intención de cumplir con la extinción de la deuda.

De manera concordante, nuestra legislación recoge la intención de realizar el pago de una deuda ajena, manteniéndose la conciencia de que no se es deudor de la misma y que se lo hace por una decisión propia.

Para Serrano Herrera (2011, p.149), realizar el pago de una deuda ajena y creer por error que se convierte en el deudor principal, provocaría un cambio total en los efectos que se puede desempeñar.

Finalmente, la identificación del *animus solvendi*, en el pago de una obligación ajena, permite delimitar como efecto la acción de regreso, correspondiendo a la parte deudora la carga de la prueba, a fin de plantear una excepción. En el caso de no existir *animus solvendi* en el pago de una deuda ajena, se constituiría como pago de lo no debido.

1.2.2.3. Distinta regulación respecto a las obligaciones de dar o de hacer (*intuitu personae*)

El artículo 1588 del C.C., en su segundo inciso establece de forma expresa la prohibición de que una tercera persona asuma una deuda ajena: “(...) *si la obligación es de hacer, y para la obra se ha tomado en consideración la aptitud o talento del deudor, no podrá ejecutarse por otra persona [...]*”.

De igual manera Palmero (1973, p.19) explica que no cualquier obligación se puede cumplir por un tercero, debido a la configuración especial de su prestación, que no permite que la actividad pueda ser realizada por una persona diferente a su primitivo deudor. Por esta razón se entendería que en aquellas obligaciones de hacer, no puede ser asumida por un tercero, ya que la

actividad se establece en función a la capacidad o intelecto de la persona que se compromete en un principio (*intuitio personae*)

De igual manera, Serrano Herrera (2011, p.151), manifiesta que al encontrarse ante obligaciones personalísimas, las mismas no admiten que se reemplace al deudor en su cumplimiento, ni aun por un representante ya que se estaría atentado contra el principio de identidad. En la misma página, el autor menciona que queda abierta la posibilidad de que el acreedor mediante acuerdo permita que este tipo de obligaciones las pueda realizar una persona distinta.

1.2.2.4. Requisitos del pago del tercero.

Los requisitos del pago, según Bolaños (2004, p.191), son aquellos que deben cumplirse por parte de los sujetos que intervienen en las obligaciones jurídicas, a fin de comportar validez al acto. De igual manera Díez - Picazo (1993, p.142) señalan que los requisitos principales del pago son la capacidad y legitimidad para realizar el mismo y que deben cumplir tanto el *solvens* como el *accipien*, pero al mismo tiempo se establece los siguientes requisitos; estos son: Identidad, integridad, indivisibilidad, tiempo y lugar.

1. Respecto a la identidad, el autor Pizarro (1999, p.199), señala que supone realizar precisamente la prestación debida, es decir, comporta la relación de igualdad entre el objeto del cual nació la obligación y su cumplimiento.
2. Por otro lado, la integridad, de acuerdo con Bolaños (2004, p.199), demanda que el pago se realice en su totalidad, en observancia al monto completo que se acordó desde un principio. No obstante, puede ser viable el pago de la obligación de forma parcial, siempre que el acreedor este de acuerdo con el mismo.

3. La indivisibilidad, conforme lo señala el mismo Bolaños (2004, p.202) busca que la obligación, al momento del pago se realice de manera completa, sin embargo, al igual que el requisito de integridad, de existir autorización por parte del acreedor, el pago puede efectuarse por partes, con sujeción al tipo de obligación que se pretenda cumplir.
4. Finalmente, en cuanto al tiempo y el lugar, Brachifield (2014, p.1) manifiesta que los mismos se determinarán en el contrato, en observancia de los plazos que la ley establece. En síntesis, al hablar de tiempo, el mismo se entenderá como el día del vencimiento para la cancelación de la deuda.

En tal contexto el C.C., en sus artículos 1603, 1606 y 1611, en relación al pago establece el lugar para realizarlo, cómo hacerlo y su imputación. A tal respecto se debe tener en cuenta que estos requisitos, pueden ser modificados por el mismo acreedor, quien está facultado para otorgar validez a los mismos, a fin de que el pago del deudor principal, de los interesados o de los terceros ajenos a la deuda sean efectivos.

1.3. Mecanismos para hacer efectivo el pago del tercero.

1.3.1. El pago por subrogación.

1.3.1.1. La subrogación en la dogmática jurídica moderna.

Relacionado al pago del tercero aparece el instituto de la subrogación.

El autor Ospina (2014, p.135) manifiesta que la subrogación es entendida como la acción de sustituir o poner a una persona en el lugar que le correspondía a otra. De manera concordante, Claro Solar (1978, p.214) define a la subrogación como la sustitución jurídica de una cosa por otra o de igual manera de una persona por otra, entendiéndose que al referirnos al reemplazo

de cosas u objetos, se trata de subrogación real, mientras que al aludir a personas se conocerá con el nombre de subrogación personal.

Para Meza Barros (2014, p.190) la subrogación opera con la sustitución de un tercero en los derechos del acreedor, en virtud a una disposición legal o por un acto de convención del mismo acreedor. En este sentido, se observa que la subrogación responde a un tipo legal, al existir previamente una disposición expresa que lo permita o convencional que se genera en el acuerdo voluntario entre el acreedor y el tercero que paga.

Zamora Valencia (2012, p.125) explica que la subrogación se presenta cuando una persona reemplaza al acreedor en lo que es una relación obligacional, teniendo en cuenta que para que se otorgue la subrogación, de manera indispensable debe existir una obligación válida como tercero ajeno a la deuda y que el pago se realice de forma total o parcial, en cumplimiento de la obligación que se mantiene con el acreedor.

De acuerdo con los dogmáticos, la subrogación es aquella figura en virtud de la cual se reemplaza o sustituye a una persona en sus derechos. En este sentido, el tercero que realiza el pago de una deuda ajena, a fin de poder activar el “derecho de regreso”, reemplaza al acreedor en sus derechos para poder ejercerlos contra el deudor. Así también, es importante señalar que la activación de la figura de la subrogación responde al cumplimiento de ciertos requisitos, como son: que exista una obligación válida y que el pago que se efectuó por parte del tercero se de manera total o parcial, con lo cual se torna factible la reclamación del pago de la deuda en calidad de acreedor.

1.3.1.2. Regulación de la subrogación en el Código Civil ecuatoriano.

El Código Civil, en su artículo 1624 establece que la subrogación es “(...) *la transmisión de los derechos del acreedor a un tercero que le paga*”.

Es así que, la subrogación en la normativa ecuatoriana se configura cuando un tercero realiza la cancelación de una obligación que no le corresponde, en virtud de lo cual obtiene la transmisión de los derechos que el acreedor poseía antes del cumplimiento.

De igual manera, es pertinente mencionar que en el artículo 1625 del C.C., establece que la subrogación se puede dar en virtud, tanto de la ley, como de un acto convencional, lo cual guarda relación con la teoría desarrollada por Meza Barros (2014, p.190) quien instituye estas modalidades en las causales para la subrogación.

Asimismo, el artículo 1627 del C.C., prescribe que, en el caso de la subrogación convencional, con el pago de un tercero al acreedor, de forma voluntaria, el mismo se inviste de los derechos y acciones correspondientes, en calidad de nuevo acreedor.

Por último, el artículo 1628 de C.C. establece:

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

Es así que, el reconocimiento de la subrogación legal y convencional en el artículo 1628 del Código Civil ecuatoriano genera la posibilidad de que exista el traspaso de derechos, ya sea en acciones o privilegios, para que la persona beneficiaria de esta cesión pueda actuar en contra del deudor principal u otras personas que tengan responsabilidad sobre una obligación determinada.

La normativa ecuatoriana concibe a la subrogación como la figura por la cual se transmiten los derechos que poseía el acreedor hacia aquella persona que realiza el pago, habilitándose de esta forma el reconocimiento de derechos del tercero ajeno a la deuda.

En conclusión, la subrogación se clasifica en legal o convencional (sujeta a la voluntad del acreedor); y, su finalidad es transferir los derechos que una persona poseía (acreedor) hacia la persona que cumplió con la obligación ajena ("*solvens*"), con lo cual se le faculta para que pueda reclamar al deudor principal lo que por derecho le pertenece.

Se debe tener en cuenta que, al referirse a la subrogación legal, la misma posee un efecto inmediato que radica en su reconocimiento por la ley, sin que sea trascendente la voluntad del acreedor de ceder sus derechos. En este sentido, la subrogación legal opera en observancia de los requisitos y disposiciones legales, mientras que la subrogación convencional solo es procedente cuando el acreedor tiene la voluntad de ceder los derechos que le corresponden, caso contrario es inoperante.

1.3.2. Tipos de subrogación.

1.3.2.1. Subrogación legal.

Al referirnos a la subrogación legal, Meza Barros (2014, p.191), señala que la misma se produce por el ministerio de la ley, aun en contra de la voluntad del acreedor. Es decir, que esta actúa de manera *ipso iure* siempre que el pago se de en circunstancias legales; no obstante, se debe considerar dentro del artículo 1626 del C.C., que la subrogación legal operará especialmente a beneficio:

1. Del acreedor que paga otro acreedor de mejor derecho, debido a un privilegio o hipoteca.
2. De aquel que, habiendo comprado un inmueble, queda obligado a pagar a los acreedores a quien el inmueble este hipotecado.
3. Del que paga la deuda a que se halla obligado solidaria o subsidiariamente.

4. Del heredero beneficiario que paga con su propio dinero las deudas de la herencia.
5. Del que paga una deuda ajena, consintiéndole expresamente o tacita del 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 pago, haberse satisfecho la deuda con el mismo dinero.

En otras palabras, el artículo 1626 del Código Civil ecuatoriano, establece la aplicación de la subrogación legal en beneficio de determinadas personas:

El acreedor que paga otro acreedor por tener un privilegio;

Segundo, de aquella persona que compra un bien inmueble que mantiene una hipoteca, podrá reclamar su devolución aquellas personas que eran responsables u obtuvieron dicha hipoteca;

Tercero, de aquella persona que tiene la obligación de pagar una deuda como si fuera propia o subsidiariamente, tendrá protección por la ley para reclamar como un nuevo acreedor al deudor principal u otro deudor subsidiario;

Como cuarto punto, la ley enviste de un derecho de subrogación legal al heredero que paga las deudas que acarrea el aceptar la herencia, con la finalidad que este, pueda reclamar a los deudores el pago de las deudas como un nuevo acreedor;

Como quinta forma de ser partícipe de una subrogación legal es por un tercero que realiza el pago de una deuda ajena en la que se pueda comprobar que existe una aceptación tanto expresa como tacita por parte del deudor principal, podrá reclamar los derechos como nuevo acreedor.

Finalmente, de aquella persona que ha prestado dinero al deudor principal para la extinción de la obligación y siempre que se demuestre por medio de una

escritura pública que demuestre que el dinero prestado tuvo como finalidad la satisfacción de la deuda mantenida con el acreedor y sea demostrable.

1.3.2.2. Subrogación convencional.

En relación a la subrogación convencional, Claro Solar (1978, p.263) especifica que es aquella que se da en virtud de la voluntad del acreedor, concordantemente, Meza Barros (2014, p.192), especifica que procede en virtud de un acuerdo de voluntades entre el acreedor y el tercero que paga. Además, la subrogación convencional es aquella que se aplica cuando no se cumple con los designios que la ley establece para poder aplicar la subrogación legal; este tipo de subrogación se encuentra previsto en el artículo 1627 del C.C., indicándose que en virtud del acuerdo con el acreedor; y, siempre que reciba por parte de un tercero el pago de la deuda, se efectuará la cesión de derechos, que se instrumentará en una carta de pago.

Cabe resaltar, por último, que la subrogación convencional tiene como finalidad resguardar a un tercero ajeno a la deuda que asume su pago a pesar de irse en contra de la voluntad del deudor principal; mientras que la subrogación legal respalda al tercero que, en virtud de una aceptación expresa o tácita del deudor, asumen el pago de la obligación.

2. SURGIMIENTO DE LA PROBLEMÁTICA JURÍDICA INHERENTE AL DERECHO DE REGRESO EN EL PAGO DEL TERCERO EN CONTRA DE LA PROHIBICIÓN DEL DEUDOR PRINCIPAL.

2.1. Aspectos históricos sobre la cuestión *prohibente debitore* en el Derecho Romano.

En relación al pago en el Derecho Romano realizado por un tercero ante la expresa prohibición del deudor principal, Prado Rodríguez (2011, p.217), considera que la *solutio* podía efectuarse por un tercero extraño al vínculo de la

obligación (independientemente del deudor o su mandatario), es decir, ajeno a la deuda, sin conocimiento en contra de la voluntad del deudor (*ignorante vel invito debitore*). Este pago se configura cuando lo realiza un tercero, a nombre del deudor y con la intención de liberarlo.

Sin embargo, la intervención de un ajeno genera el derecho de regreso para el *solvens* por los gastos en que se incurre para liberar al deudor. Al respecto Pomponio, en el Digesto 50.17.36, establece que la *solutio* del tercero a favor del deudor principal, generaría un enriquecimiento injustificado en el caso de que la prestación que se dio a su nombre, no se haya devuelto, lo cual es ilícito por quebrantar la *aequitas naturalis*, que de acuerdo con Guzmán Brito (1978, p.619), se concibe como la cualidad de dar a cada uno lo que se merece conforme a sus méritos; por lo que corresponde que se devuelva al *solvens* la prestación que realizó al pagar una deuda ajena.

Como observa Prado Rodríguez (2011, p.220), en épocas romanas se otorga al *solvens*, la posibilidad de contar con una vía para activar el derecho de regreso en contra del deudor que se liberó de la obligación. Esta vía consiste en ceder los derechos del acreedor satisfecho, para poder actuar en contra del deudor principal, en virtud de lo cual se entregarían los derechos en mención, de forma derivativa al *solvens*, por no ser útiles al acreedor, permitiéndose ejercer el derecho de regreso mediante la vía de la compraventa ficticia de las acciones.

Este es un recurso que permitía activar la acción de regreso, la cual podía ejercerse de manera indirecta, con el único fin de que el tercero “*solvens*” pueda obtener el dinero entregado al acreedor en la cancelación de la obligación ajena. Actualmente a esa vía se la conoce como subrogación convencional, con la cual se posibilita que los derechos del acreedor se transfieran al tercero o *solvens*, quien cuenta con plena facultad para ejercerlos.

De acuerdo con Volterra (1990, p.221), la única posibilidad para que el deudor pueda ser liberado de una deuda es por el cumplimiento de esta, la que debe ser de manera personal, esto en razón de la existencia de un formalismo muy fuerte, que devenía en la imposibilidad de transmitir derechos a terceras personas.

Por otra parte, Ragusa citado por Prado Rodríguez (2011, p.221), señala que ya existía indicios en los principios vigentes en la época arcaica sobre la posibilidad de que el pago de una deuda pueda ejecutarse por un tercero. En efecto la *lex XII tabularum*, señalaba que el único fin de permitir el pago por el *solvens* era la liberación del deudor, con lo cual se impedía su venta en calidad de esclavo.

En el Derecho Romano clásico, de acuerdo a lo manifestado por Prado Rodríguez (2017, p. 251), se evidencia que Paulo en el Digesto 17, 1, 40, prohíbe el ejercicio del derecho de regreso al *solvens*, así como el uso de la *actio utilis*, que se consideraba como una expresión técnica otorgada por razones de equidad para restablecer el equilibrio que se quebrantaba por el enriquecimiento injustificado por parte del deudor principal. En tal contexto, la única vía que se permitía para la obtención del derecho de regreso era que el acreedor de manera voluntaria genere una compraventa ficticia de las acciones a favor del *solvens*.

De acuerdo a lo considerado por Valiño (1990, p.256), manifiesta que, en épocas romanas, el pago realizado por un tercero se permitió no solo con la finalidad de que el deudor principal sea liberado de las penas o castigos de la época (como las aplicadas al insolvente), sino para evitar la violación de derechos del acreedor a causa de la falta del pago ofrecido.

Es así como, según el texto de Justiniano que se recopila en el C. 2, 18, 24, Prado Rodríguez (2011, p.245) explica como el emperador negó cualquier tipo de derecho de regreso ante una gestión prohibida.

Es decir que el pago de una obligación por una persona ajena a la misma y contra la voluntad del deudor principal constituye un problema que suscita interrogantes desde la época romana. En ese período, de conformidad con el Digesto número 50.17.36, emitido por el emperador Pomponio, se sostenía que la persona ajena o “tercero” que realizaba el pago de la deuda debía mantener el derecho que le faculte a aplicar una acción de regreso, toda vez que, su falta de ejercitación provocaría un enriquecimiento injustificado. En este sentido, se observa que el referido cuerpo legal buscaba mantener la equidad entre las partes mediante la cesión de los derechos del acreedor al tercero que asumió el pago de la deuda, con la finalidad de que este último actué como un nuevo acreedor.

Finalmente, cabe señalar que el reconocimiento del derecho de regreso para el tercero fue anulado en la época del emperador Justiniano bajo el fundamento de intromisión en negocios ajenos o gestión prohibida, con lo cual el tercero o “*solvens*” únicamente contaba con la voluntad del acreedor de ceder sus derechos, que en el derecho moderno se lo conoce como subrogación convencional.

2.2. La regulación en las Siete Partidas.

El autor Prado Rodríguez (2011, p. 491), manifiesta que el Derecho Castellano (S. XIII) en las Siete Partidas analiza las formas de extinguir las obligaciones de carácter pecuniario, contemplando tanto el pago *prohibente debitore* como la extinción de la deuda por parte de un tercero, donde se abarca los distintos aspectos en que se puede presentar y con un enfoque equitativo de la solución del derecho de regreso entre las partes.

Así en la quinta partida, donde se considera la intervención del *solvens* para extinguir la obligación del deudor principal, Majfud (1992, p.433), manifiesta que al darse la liquidación por parte del tercero, el deudor principal de acuerdo con la ley queda en la obligación de devolver la cantidad que el *solvens* utilizó para el pago de la deuda.

Prado Rodríguez (2011, p.464), explica que es en la Partida 5, título 14, ley 3 la que trata sobre cómo se tiene que hacer el pago de una deuda ajena, la misma que confirma la eficacia del pago del tercero aun contra la expresa prohibición del deudor principal. En tal contexto, en el título 12 ley 3a, se dispone la admisión del pago del tercero *prohibente debitore*.

En tal contexto, de acuerdo con Prado Rodríguez (2011, p.489), se estableció la cesión de las acciones, que no comportaba un regreso de manera directa para el *solvens*, toda vez que comporta una relación entre fiador y acreedor, que persigue no ocasionar un detrimento en el patrimonio de los sujetos de la relación en mención.

En conclusión, se señala que la legislación castellana, regulaba de manera amplia el modo de extinguir la obligación por parte de un tercero en todos sus aspectos, brindando una solución ecuánime para el otorgamiento del derecho de regreso al *solvens*, que no le perjudique. En otras palabras las Siete Partidas permitían que el tercero que pagó una obligación ajena ejerza el derecho de regreso, con la finalidad de que se pueda evitar un perjuicio en el patrimonio del *prohibente debitore* (tercero ajeno a la deuda). Así también, cabe señalar que en la Edad Media ya se permitía que una obligación sea cancelada por un tercero, quien a su vez podía accionar el derecho de regreso, sin esperar que se manifieste la voluntad del acreedor; lo cual, considero que es una forma correcta de administrar justicia y equidad para el tercero ajeno a la deuda.

2.3. La doctrina europea precodificadora: la postura de Pothier.

De acuerdo con Prado Rodríguez (2017, p. 266) el jurista francés Pothier dio relevancia al mantenimiento de lo que sería el *aequitas*, en el tema del pago del tercero *prohibente debitore*, lo cual ejercería gran influencia en el Código Civil de don Andrés Bello, específicamente en la redacción de su artículo 2291 (C.c.ch.).

En efecto el autor Pothier indica que cuando el deudor obtiene un beneficio o utilidad para sí mismo, por el pago efectuado por un tercero, pese a ser contra su voluntad, este se ve en la obligación de regresar los gastos en que se incurrió para generar la utilidad de la cual goza.

Las ideas planteadas por Pothier, de acuerdo con Prado Rodríguez (2017, p.252), tuvieron gran acogida en la codificación realizada por don Andrés Bello, la misma que, a pesar de la influencia de doctrina europea, no advirtió la contradicción existente entre los artículos referentes al pago realizado por un tercero y a las vías que permitan la acción de regreso para el *solvens prohibente debitore*; es así que, el artículo 1574 C.c. chileno, obstaculiza, por un lado, la acción de regreso y por otro, permite la cesión de derechos por voluntad del acreedor; así también, el artículo 2291 C.c. chileno de la norma en mención expresamente permite que el derecho de regreso se le dé al *solvens* con la finalidad de evitar el detrimento ajeno.

Como de igual manera podemos expresar las mismas contradicciones en el Código Civil ecuatoriano, en cuanto a los artículos 1590 y 2191, siendo en primer lugar un artículo que entorpece un derecho de regreso para aquel tercero que cancelo una obligación ajena en contra de la voluntad del deudor, dejando como única oportunidad de recuperar su patrimonio, por medio de la cesión voluntaria de los derechos por parte del acreedor, mientras que el segundo artículo permite que se de el regreso del patrimonio en cuanto haya generado un beneficio al deudor principal, la extinción de la deuda.

2.4. Recepción de la cuestión *prohibente debitore* en el Código Civil chileno de Don Andrés Bello (1855).

Conforme lo manifiesta el autor Amunátegui (1885, p.85), el Código Civil chileno (año 1855) guarda relación con el Código Civil ecuatoriano del año 1861 en cuanto al pago realizado por un tercero contra la voluntad del deudor.

A tal respecto, Serrano Herrera (2011, p.196), manifiesta que, en la codificación de Andrés Bello, se desarrolla una regulación de la gestión de negocios ajenos contra la voluntad del dueño así como del derecho de regreso por parte del fiador. En contraposición, el artículo 2291 C.C.ch (2191 del C.C. ecuatoriano), instituye que en el caso de pago realizado por un tercero contra la voluntad del deudor no aplicará el derecho de regreso, salvo que se haya extinguido una deuda, es decir, que el pago realizado haya sido perfecto, en cuyo caso el fiador podrá repetir no solo por la utilidad que se dio, sino que también podrá ejercer la acción de reembolso.

El autor Palmero (1973, p.48), evidencia que en el artículo 1574 C.C.ch (1590 del Código Civil ecuatoriano), no se señala el derecho de regreso que tiene el *solvens*, por lo que es necesario que para su desarrollo se complemente con normas diferentes y dispersas.

Para Claro Solar (1978, p.89) el tercero que realiza el pago a pesar de la evidente falta de voluntad del deudor, carecerá de la acción de regreso, ocasionándose una afectación a su patrimonio.

Por otra parte, Peñailillo (2006, pp.70-71) manifiesta que el artículo 1574 C.C.ch (1590 del C.C. ecuatoriano) es un caso claro donde el requisito de la culpa se encuentra ausente, por esta razón sería improcedente el reintegro.

En este sentido, el artículo 2291 C.C.ch (2191 del C.c. ecuatoriano) contempla el pago por parte del *solvens*, por lo que, a fin de evitar que ocurra un perjuicio en su contra y se genere utilidad al deudor originario, permite el derecho de regreso. Por el contrario, al referirse a la intervención del *solvens*, Peñailillo (2006, p.71), manifiesta que el pago es evidente y el gasto es necesario, es decir que la actuación solutoria de todas formas se hubiese dado; por lo que el deudor, de acuerdo al artículo 1574 C.C.ch (1590 del C.C. ecuatoriano), podrá interponer las excepciones derivadas de su relación con el acreedor, las

mismas que están destinadas a refutar la acción de regreso, por oponerse a la no intromisión del tercero, llamado de igual manera *solvens*.

En conclusión, se evidencia que existen posturas que velan por el derecho del *solvens* para obtener la acción de regreso, así como criterios que se oponen a la intromisión en asuntos personales y por tanto opuestos al derecho de regreso.

2.4.1. Análisis doctrinal del artículo 1590 del C.c.

Ramos Pazos (2008, p.349) explica que el artículo 1590 del Código Civil ecuatoriano regula la situación de la persona que paga en contra de la voluntad del deudor, a quien se le niega el derecho de regreso, salvo que el acreedor, de manera voluntaria ceda sus acciones por medio de la subrogación convencional.

Por su parte, Bahamonde (2016, p.39) infiere que el artículo 1590 del C.C ecuatoriano, se refiere a aquellos casos aislados, que no corresponden a la administración de un negocio, pues según el autor, la aplicación literal de la disposición en mención resultaría poco equitativa y dejaría en total desventaja al tercero que cubrió una obligación ajena.

De igual manera, Serrano Herrera (2011, p.193) establece que el artículo 1590 del C.C. ecuatoriano, trata sobre un tercero que, al actuar en nombre del deudor y en contra de su voluntad, se le niega el derecho de regreso.

Por otra lado, Díez - Picazo (1993, p.554) menciona que el artículo 1590 del C.C. ecuatoriano presenta elementos para su aplicación, tales como el conocimiento del deudor de la intención de pago por parte de un tercero, la oposición al pago en mención y su manifestación al *solvens*, antes o al momento en que se produce la acción del pago, ya que si no se expresa la prohibición de entrometerse, se podría asumir como una voluntad tácita para permitirlo.

Finalmente, Borda (2012, pp.160-161), manifiesta que la disposición en mención comportaría un pago inútil por parte del *solvens*, al negarle el derecho de regreso por afectar y vulnerar la voluntad del deudor principal.

2.4.2. Análisis doctrinal del artículo 2191 C.c.

En cuanto al artículo 2191 del C.C. ecuatoriano Ramos Pazos (2008, p.349), establece que se asemeja más a la figura de la agencia oficiosa, toda vez que comporta la administración de un negocio ajeno y que es similar al 1590 del C.C. ecuatoriano, en donde se presenta una negativa para plantear una acción contra el deudor principal por parte del *solvens*, a menos que esta acción haya sido de manera útil y se presente en el tiempo de la demanda.

Barriga (1996, p.203) manifiesta que, para la aplicación del artículo 2191 debe existir la concurrencia de dos elementos:

- a) Que el pago quede comprendido dentro de la administración de un negocio; y,
- b) Que genere utilidad al deudor en la administración que se dio por parte del *solvens*.

De igual forma, para Barriga (1996, p.204) los dos elementos mencionados deben estar presentes en la aplicación del artículo 2191 del C.C. ecuatoriano, los mismos que deberían contemplarse en el artículo 1590 del C.C. por tratar un tema similar, en el contexto de pago o administración de un negocio.

Serrano Herrera (2011, p.195) señala que el artículo 2191 del C.C. ecuatoriano regula los pagos que forman parte de lo que es conocido como la administración de negocios ajenos, siendo este una de las actividades que el gestor desarrolla. De igual forma, Abeliuk (2001, p.496) en relación al artículo 2191 del C.C. ecuatoriano, establece que el tercero que realizó el pago no podrá ejercer la correspondiente acción en contra del deudor, a menos que se evidencie que se generó utilidad al mismo al momento de la demanda; en este

sentido, respecto a la utilidad se indica por parte del Código Civil ecuatoriano que en artículo 2191 inciso segundo que: “*si de la gestión ha resultado la extinción de una deuda, que sin ella hubiese tenido que pagar el deudor o interesado principal, el solvens podrá ejercer la acción de regreso, de la cantidad que le fuese útil al deudor*”.

Finalmente, el artículo 2191 del C.C. ecuatoriano, resulta de mayor utilidad para que el tercero que realizó el pago de una deuda puede ejercer el derecho de regreso y evite un perjuicio a su patrimonio, visto que el resultado de la extinción de la deuda ayudará al deudor principal a satisfacer sus responsabilidades.

2.5. El pago *prohibente debitorum* desde el derecho como comparado.

A este punto, es importante hacer un estudio comparativo del desarrollo normativo en diferentes países respecto a la figura del pago realizado por un tercero en contra de la voluntad del deudor y las medidas que se adoptaron para evitar perjuicios al *solvens*.

2.5.1. El Código Civil español (1889).

El autor Del Olmo García (1998, pp.80-88) manifiesta que el artículo 1158 del Código Civil español regula el derecho de regreso por el pago de un tercero, estableciéndose diferentes vías para que el *solvens* pueda intervenir, entre las cuales consta el pago en contra de la voluntad del deudor en el que se permite el derecho de regreso a pesar de que el deudor principal exprese su oposición al pago. En este caso solo se podrá pedir el derecho de regreso del dinero que se utilizó para el pago de la deuda ajena y que resultó útil para el deudor principal, conforme se cita a continuación:

“Puede hacer el pago cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, ya lo conozca y lo apruebe, o ya lo ignore el deudor, El que pagare por cuenta de otro podrá reclamar del deudor lo que hubiese pagado, a no haberlo hecho contra su expresa voluntad. En este caso solo podrá repetir del deudor aquello en que le hubiere sido útil el pago.”

Para Prado Rodríguez (2012, pp.1y2) en el primer enunciado se permite la posibilidad de que el pago se realice por cualquier persona, misma que puede o no tener interés en la extinción de la obligación, así como realizar el pago sin el conocimiento del deudor. En el segundo párrafo se determina que en el caso de pagar en contra de la expresa voluntad del deudor, el *solvens* puede obtener del primero el regreso de aquello que al deudor le hubiera sido útil al momento del pago.

Un punto interesante planteado por Cano (2001, p. 1356) es que, para la aplicación del artículo 1158 es importante que exista la voluntad del *solvens* de pagar la obligación ajena, así como la capacidad jurídica, ya que se trata de un acto libremente realizado. De su parte, Torrent (2014, p146) señala que el pago realizado por un tercero tiene las siguientes consecuencias:

1. El pago realizado por mandato o con consentimiento del deudor, en el cual el *solvens*, podrá subrogarse en los derechos del acreedor.
2. De acuerdo con Bercovitz (2004, p.545) el pago realizado sin conocimiento del deudor o en calidad de gestor de negocios ajenos, generaría que se accione en beneficio del *solvens* el derecho de reembolso por satisfacer la deuda ajena.
3. En cuanto al pago realizado en contra de la voluntad del deudor, Prado Rodríguez (2012, p.3) indica que el *solvens* tendrá derecho a una acción de repetición, la cual es limitada, ya que solo se podrá devolver la cantidad que haya sido útil en el pago (sin intereses ni recargos de gestión), con la finalidad de evitar un daño al tercero que pagó la deuda, como el enriquecimiento injusto.

Finalmente, desde la perspectiva de la segunda y tercera forma de pago, Prado Rodríguez (2012, p.4) establece que el derecho que se aplicaría a favor del *solvens* se dirige de forma directa al deudor, sin tener que esperar la voluntad del acreedor, siendo relevante señalar que la diferencia entre la figura de “acción de reembolso” y “acción de repetición” radica en que la primera está dispuesta en el ordenamiento jurídico para el caso de diferentes acciones que no pueden ejecutarse y la segunda se activa por la gestión oficiosa.

2.5.2. Los Códigos civiles de Argentina (1869 y 2015).

En el ordenamiento jurídico argentino, el Código de Vélez Sarsfield, merece especial atención, en virtud de que desde un inicio contemplaba el pago de una deuda ajena por parte de un tercero y reconocía a este último el correspondiente ejercicio de la acción de regreso de lo que le fue útil para el deudor principal. De su parte, en el nuevo Código civil de Comercio de la Nación (vigente), se dan grandes cambios en cuanto al derecho de regreso y las vías que se podrán aplicar.

A tal respecto el autor Hauque (2006, p. 83) manifiesta que el Código de Vélez Sarsfield (1869) en relación al pago o las formas de extinguir las obligaciones, reconocía en su artículo 727 que el pago se pueda efectuar por un tercero con o sin aprobación del deudor. Así también, el artículo 728 del referido Código, permitía la realización del pago por parte del *solvens prohibente debitore* o tercero ajeno, conforme la disposición transcrita a continuación:

“El pago puede también ser hecho por un tercero contra la voluntad del deudor. El que así lo hubiese verificado tendrá solo derecho a cobrar al deudor aquello en que le hubiese sido útil.”

En este sentido, Prado Rodríguez (2012, p.272) explica que el pago realizado por un tercero en contra de la voluntad del deudor principal es posible con la ventaja de que se puede pedir el derecho de regreso en cuanto a la porción de

dinero que le fue útil al deudor principal; así como afirma originalmente, Vélez Sarsfield, en su nota al referido artículo:

“Cuando damos al que ha hecho el pago acción para cobrar aquello en que el pago le ha sido útil al deudor, le reconocemos solo la acción in rem verso, que se concede a todo aquel que emplea su dinero o sus valores en utilidad de las cosas de un tercero”.

De su parte, autor Hauque (2006, pp.82-83), resalta que el derecho argentino se ha modificado de forma significativa, en cuanto al plexo normativo. Al respecto Carmelo, Picasso y Herrera (2015, p.234) añaden que los puntos destacables en cuanto a las modificaciones en las normas legales que se refieren a la contabilidad de las personas tanto naturales como jurídicas, inmutables por más de cincuenta años, se refieren a los cambios insertos en las formas de extinguir las obligaciones, entre las cuales se destaca el pago y quien puede realizarlo. De forma concordante, Llambías (2011, p.86), manifiesta que el artículo 881 del nuevo Código Civil y de Comercio de la Nación, faculta que el pago lo realice el *solvens*, a pesar de la oposición del deudor o el acreedor.

De acuerdo con Carmelo, Picasso y Herrera (2015, p.236), es destacable la subrogación legal, la misma que tiene lugar ante las siguientes circunstancias y son; que *“el tercero interesado o no interesado que paga con asentimiento del deudor o en su ignorancia y de igual manera el tercero interesado que paga aun con la oposición del deudor”*; ante lo cual los autores citados manifiestan que el derecho de regreso o de reembolso es permitido aunque el pago se haya hecho en contra de la voluntad o desconocimiento del deudor principal, con lo cual se evita un perjuicio al *solvens*.

3. LAS VÍAS PARA ACTUAR EL DERECHO DE REGRESO EN FAVOR DEL TERCERO SOLVENS.

3.1. La vía de la subrogación convencional (art 1590 C.C.) “sometido a la voluntad del acreedor”.

La acción de regreso es aquella que asiste a la persona que cumple con una obligación ajena. En el presente trabajo se pretende determinar las vías que posibilitan al *solvens* a ejercer su derecho de regreso, enfocándose en la subrogación o vía indirecta y el planteamiento de la acción de enriquecimiento injustificado.

3.1.1. Definición y fundamentos de la subrogación convencional.

Por lo que respecta a la subrogación convencional, el art. 1627 del Código Civil ecuatoriano establece que:

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

Como vemos, este tipo de subrogación se encuentra sujeta a lo que es la voluntad del acreedor y su ejecución responde a la imposibilidad de aplicar la subrogación legal, la misma que solo será efectiva cuando se cumple con los presupuestos de la ley.

De acuerdo con Pothier (1839, p.623) cuando un extraño paga la deuda ajena, el acreedor puede subrogarlo solo si él lo desea, entendiéndose que la misma se constituye en un acto convencional entre el *solvens* y el acreedor, en virtud del cual, este último cede los derechos que le asistían antes del pago al

solvens, para exigir la devolución de lo empleado. Por otra parte, se menciona en el Código Civil ecuatoriano, que el único requisito establecido por la ley para el ejercicio de la subrogación, es la notificación al deudor con la identidad de la persona a quien debe realizarse el pago.

Para Morales Álvarez (2002, p.248) la subrogación convencional gira entorno a dos fundamentos: el primero se basa en el interés personal que tiene el tercero en cancelar la deuda, el mismo que puede ser positivo o buscar un beneficio, como liberar al deudor de la obligación; o, negativo, al impulsar una demanda contra el deudor principal, así como generarle una afectación. El segundo según Morales Álvarez (2002, p.249), es el interés que el acreedor tiene en que se le cancele el crédito u obligación pendiente, teniendo como resultado que una parte de los elementos o factores para que la subrogación convencional se concrete es evidenciar un interés tanto del *solvens* como del acreedor.

Por lo tanto, para que la subrogación convencional se efectúe, debe existir la voluntad de las partes (acreedor y *solvens*), ya que puede suceder que el tercero paga sin un previo acuerdo que le garantice la cesión de los derechos del acreedor o simplemente no se constituye esta figura, en virtud de la renuencia por parte del acreedor a ceder sus derechos.

3.1.2. Requisitos para que se efectuó la subrogación convencional.

En cuanto a los requisitos para la correcta aplicación de la subrogación convencional, Morales Álvarez (2002, p.250) menciona que es indispensable su cumplimiento a fin de no causar un perjuicio al tercero que canceló la deuda.

3.1.2.1. El pago debe realizarlo un tercero.

El autor Ospina (2014, p.485) señala que el tercero es aquella persona que no tiene ningún vínculo u obligación en la deuda ajena; en otras palabras, es una persona distinta al deudor que se encuentra obligado a realizar el pago. De

igual forma, tampoco responde a la figura del codeudor solidario o fiador, deudor subsidiario o tercero que realiza el pago con el consentimiento expreso o tácito del deudor. Definitivamente el tercero es aquella persona ajena a la deuda que, naturalmente realizará el pago con fondos propios.

En conclusión, la subrogación convencional adquiere una identidad propia en virtud del pago a la deuda efectuado por el ajeno, quien quedaría privado de los beneficios de recibir la devolución del pago realizado, tomando en consideración que para su perfeccionamiento es indispensable la voluntad del acreedor.

3.1.2.2. El acreedor debe consentir la subrogación.

Conforme lo indica Alessandri (1939, p.386) la subrogación convencional se activa en función de la voluntad manifiesta del acreedor para ceder sus derechos. Es necesario considerar que el acreedor es el único que puede realizar la subrogación, en virtud de su calidad de titular del crédito, y por tanto, llamado a disponer del mismo, a quien el deudor no podrá exigir que no acepte la subrogación. De igual manera, Morales Álvarez (2002, pp.249, 250-251) menciona que la voluntad del acreedor debe ser expresa, específica, clara, precisa e inequívoca sobre el reconocimiento de la cesión de derechos al *solvens* para su oportuna acción sin que exista eventualmente ninguna oposición.

3.1.2.3. Que se haga expresamente al tiempo del pago.

Para Claro Solar (1978, p. 266) el consentimiento de realizar el pago por parte del tercero debe efectuarse de manera prudente, ya que es una declaración de voluntad formal y precisa que posibilitará que el hecho jurídico no sea objeto de oposiciones al momento de ser presentado.

Finalmente, Becdach (2007, p.103) menciona que el artículo 1627 C.c. ecuatoriano, establece la forma en la que se realizará la subrogación

convencional y que se encuentra sujeta a la regla de la cesión de derechos, indicándose que la misma se instrumentará a través de una carta de pago que habilite al tercero para ejercer el derecho de regreso.

3.1.2.4. Que conste en la carta de pago.

En este sentido, la subrogación se perfeccionará a través de una carta de pago; al respecto, el autor Mogrovejo (2015, p.70) señala que la misma constituye una acción conjunta que se otorga al momento de la cancelación de la deuda por parte del tercero, y, que, de acuerdo con la ley no se efectuará antes ni después del pago.

De su parte Ospina (2014, p.486) manifiesta que la aplicación de la subrogación convencional que habilite al *solvens* para actuar amparado por los derechos del acreedor ante el deudor principal debe observarse las formalidades previstas en la ley, entre la cuales es de gran relevancia el otorgamiento de la carta de pago donde conste la subrogación y firma del acreedor, así como su correspondiente notificación al deudor con la exhibición de la misma.

3.2. El derecho de regreso *ipso iure* mediante la acción *de in rem verso* o de enriquecimiento injustificado (art. 2191 C.c).

3.2.1. Generalidades del enriquecimiento injustificado.

El enriquecimiento injustificado, según observa López Mesa (2009, p.372) se da cuando una persona se beneficia o enriquece por medio de un tercero, sin que se dé una causa o motivo del aumento patrimonial, el mismo que al no estar justificado genera una obligación de restitución, concediéndose una acción procesal que está dirigida al empobrecimiento o perjuicio para el tercero. Esta acción tiene el nombre *de in rem verso* o enriquecimiento injustificado.

Por otra parte, Gutiérrez y Gonzales (2007, p. 471) establecen que el enriquecimiento injustificado no es más que una posible fuente de obligaciones, la misma que debe desaparecer con el fin de que se puedan eliminar las normas en cuanto a los hechos ilícitos o responsabilidad objetiva.

En conclusión, el enriquecimiento injustificado, para Trigo Represas (1994, p.233) es una fuente autónoma de las obligaciones. A pesar de ello, Mosset (1998, p.545) menciona de manera firme que el enriquecimiento injustificado no es una fuente autónoma, sino que es una figura de carácter subsidiario por ser complemento para otras figuras de las obligaciones.

Finalmente, Prado Rodríguez (2012, p. 13) alude que en el D. 50. 17.206, se establece la obligación de la restitución por parte de aquel que ha obtenido un enriquecimiento, ya que es el mismo Pomponio quien en su Digesto explica que es injusto enriquecerse a costa del perjuicio causado a terceras personas; y, de igual, manera dispone que el empobrecido contará con la acción de regreso contra el enriquecido. Otro de los principios establecidos en el Derecho clásico romano, menciona que para restablecer el desequilibrio que generó el enriquecimiento injustificado se aplicará la *aequitas naturale*.

Es así como el enriquecimiento injustificado se da cuando una persona de manera reprobable aumenta su patrimonio a expensas del detrimento que sufre otra persona en su patrimonio; por lo que, se considera factible que a la persona que sufre la referida vulneración le asista el derecho de restitución con la finalidad de restablecer el equilibrio.

3.2.2. Presupuestos del enriquecimiento injustificado.

Para que se configure el enriquecimiento injustificado, López Mesa (2009, p.378) detalla que se deben dar los siguientes presupuestos:

1. Que se produzca un enriquecimiento;

2. Que se verifique el empobrecimiento correlativo;
3. Que exista causalidad entre el enriquecimiento y empobrecimiento; y,
4. Que se verifique la ausencia de interés personal.

1) Que se produzca un enriquecimiento;

Diez- Picazo (1993, p.100) explica que el enriquecimiento injustificado alude a toda ventaja, utilidad o provecho que una persona obtiene, sin que exista una razón jurídica. De igual manera, se considera como enriquecimiento al acto que genera un aumento en el patrimonio de una persona, el mismo que no solo se justifica en la adquisición de una propiedad o de un nuevo bien, sino a través de la extinción o disminución de una deuda.

Por otra parte, Oramas Gross (1988, p. 51) detalla que el enriquecimiento es una figura que no posee ningún fundamento, causa o razón legal y que se suscita con el perjuicio a otra persona; por lo que genera la obligación de restituir el empobrecimiento causado.

2) Que se verifique el empobrecimiento correlativo;

De su parte, Lazarte (1996, p.321) explica que el empobrecimiento es una pérdida de carácter económico substancial, pero que de igual manera no solo consiste en valores patrimoniales, sino en la realización de un servicio del que una persona se benefició perjudicando a otra que no recibió reconocimiento por el mismo.

Por lo tanto, para López Mesa (2009, p.380) el empobrecimiento deber ser comprobado por la persona que lo reclama, toda vez que la mera invocación del enriquecimiento injustificado no es suficiente, sino que debe ir aparejada con la prueba tanto del crecimiento o aumento del patrimonio de una parte, como de la pérdida ocasionada al solicitante del derecho de regreso.

Finalmente, al hacer alusión al enriquecimiento injustificado, la parte perjudicada debe demostrar que su patrimonio sufrió un perjuicio o disminución, mientras que la otra parte, obtuvo un aumento en función de la cancelación de la obligación realizada por la primera.

3) Existencia de causalidad entre el enriquecimiento y empobrecimiento;

López Meza (2009, p.400) hace alusión a que el enriquecimiento y el empobrecimiento deben tener una conexión en cuanto al beneficio que la una parte obtiene y el perjuicio que la otra parte sufre. En otras palabras, el enriquecimiento es el efecto del empobrecimiento de la persona que asume la deuda ajena, siendo una cadena que guarda relación con el fin de ser probada al momento de un reclamo en aplicación de la acción *de in rem verso*.

Finalmente se debe comprender que una de las causas para que se figure el enriquecimiento sin justa causa es que las partes, tanto el beneficiado como el perjudicado, tengan una misma actuación; es decir, que el patrimonio del beneficiado aumente a costa de que el patrimonio del perjudicado disminuya de forma pareja.

4) Ausencia del interés personal.

Por último, Arnau (2009, p. 362) explica que el enriquecimiento no será válido cuando exista interés o beneficio por la parte demandante, ya que no se demuestra la correlación de aquella persona que se enriquece en perjuicio de un tercero que empobrece. De igual manera, el mismo autor, Arnau (2009, p. 362), hace alusión a que la falta de interés personal provocaría que la acción contra el enriquecimiento injustificado no proceda, entendiéndose que el interesado se empobreció a consecuencia de buscar el lucro para sí mismo.

3.2.3. Efectos del enriquecimiento injustificado.

Una vez que se produce el enriquecimiento injustificado con las características y elementos mencionados y se comprueba que no existe otra vía por parte del derecho que genere una ayuda al empobrecido, para Oramas Gross (1988, p.91), surge la acción de regreso, que actuará contra aquella persona que obtuvo el beneficio. De esta forma, nace una nueva obligación, ya que la persona empobrecida asume la calidad de acreedor de la persona que al beneficiarse con la extinción de su obligación a través de un tercer ajeno a la misma, incurre en enriquecimiento injustificado.

3.2.4. Relación entre el enriquecimiento y la gestión de negocios.

La figura de la gestión de negocios será tratado específicamente en función a su relación con el enriquecimiento injustificado, sin abordar sus características ni naturaleza (Aguilar 2009, p.298).

De acuerdo con Oramas Gross (1988, p124) el enriquecimiento sin causa es originario de las obligaciones del dueño del negocio, siendo importante resaltar que en nuestra ley se habla de la agencia oficiosa o gestión de negocios ajenos, la cual se define en el Código Civil como *“un cuasicontrato por el cual el que administra sin mandato los negocios de alguna persona, se obliga para con ésta, y la obliga en ciertos casos”*.

Los artículos 2190 y 2191 del C.C. ecuatoriano, de acuerdo con Aguilar (2009, p.300) establecen las obligaciones del dueño del negocio; en este sentido, el artículo 2191 ibídem, en su segundo inciso señala que aquella persona que administre un negocio ajeno contra expresa voluntad del interesado no podrá ejercer ningún tipo de acción, salvo que la gestión realizada haya sido útil y esta utilidad se diera al tiempo de la demanda; consecuentemente en el mismo artículo se menciona que si la gestión efectuada por la persona que administra lo ajeno, provoca la extinción de la deuda del interesado, se entendería como un beneficio para el mismo, quien se obligaría a regresar el dinero.

Para Pérez Bautista (2013, p.83) el enriquecimiento radica en la obtención del beneficio por parte del deudo a consecuencia de la gestión efectuada por la persona que administra el negocio ajeno; de forma concordante, Aguilar (2009, p.300), señala que en el caso de que se compruebe la generación de un beneficio y enriquecimiento del deudor, a consecuencia de que un tercero asuma el pago de su deuda, surgirá la obligación por parte del deudor de restituir el detrimento económico que se ocasionó al solvens, quien se apersonó de una obligación que no le correspondía.

Se concluye que, al aludir a la administración del negocio ajeno y al enriquecimiento injustificado, los mismos guardan relación en función al cumplimiento del presupuesto normativo de beneficio pecuniario o utilidad que se genere al dueño del negocio, a consecuencia del pago de una deuda.

3.2.5. La *actio de in rem verso*.

Para Aubry y Rau, citados por Bohórquez (2014, pp. 47, 48), la *actio de in rem verso*, se considera como el instrumento procesal que posibilita a los dueños exigir los valores con los que una persona se hubiese enriquecido, siempre que no exista ninguna opción que de forma voluntaria se contemple en el contrato, un cuasicontrato o del delito.

El autor Bohórquez (2014, p.48) lo define como una totalidad jurídica con la que se ejecuta el derecho de propiedad, el mismo que se interpreta como el derecho de reivindicación considerado esencial en el derecho de propiedad, al amplificar las posibilidades de solicitar el derecho de regreso de los gastos realizados por parte del tercero.

Finalmente, la *actio de in rem verso* podría utilizarse como una acción real, cuya aplicación cabe ante cualquier persona, sin importar su capacidad o incapacidad legal.

3.3. Nuevas perspectivas legislativas sobre la cuestión *prohibente debitorum*.

3.3.1. Una solución innovadora en la normativa argentina.

La importancia de comentar sobre la normativa argentina con respecto a cancelar una deuda en contra de la voluntad del deudor principal, radica en los cambios que se han efectuado para aplicar por parte del *solvens* el derecho de regreso. De acuerdo con Bergallo (2016, p.1), el pago por subrogación desarrollado desde el artículo 914 al 920 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, no es tan preciso como el desarrollo legislativo contenido en los códigos mexicano y polaco.

El Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, reconoce de manera amplia la ejecución por parte de un tercero de una obligación ajena a él, en virtud de lo cual Bergallo (2016, pp. 2-3) resalta la similitud existente con el Código Civil español, que contempla la aplicación de la subrogación para el pago por parte de un tercero no interesado, quien actúa bajo desconocimiento o con permiso del deudor, descartándose a la actuación de un tercero que tiene un interés legítimo en la cancelación de la deuda.

Esto produjo la crítica del artículo 768 inc. 3 del antiguo Código Civil, el cual suscitó dudas en cuanto al alcance de la subrogación legal, que era permitida únicamente para un tercero no interesado. Al respecto, la Cámara argentina ponderó y resolvió que, si al tercero no interesado le ampara la subrogación de los derechos del acreedor bajo el mandato de la ley, como regla general operaría la misma solución cuando el pago lo realice un tercero interesado; esto se plasmó en el artículo 915 del actual Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

Es así que, tanto el tercero interesado como no interesado, goza del *ius solvendi*, y podrá realizar el pago de deudas ajenas; a menos que, al pago efectuado por un tercero no interesado se oponga el acreedor y el deudor. No

obstante, si el tercero no interesado, paga contra la voluntad del deudor, al mismo no le asistirá el goce de la subrogación legal.

En razón de lo expuesto, se evidencia que el actual artículo 915 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina contempla varios supuestos; de los cuales los más importantes para el desarrollo de este trabajo son los previstos en los literales b y c, que señalan que: en caso de que un tercero sea este interesado o no pague con el consentimiento o desconocimiento del deudor, así como en el caso de que un tercero interesado pague aún contra la voluntad u oposición del deudor, se permitirá aplicar la subrogación legal; lo cual, para Bergallo 2016, p.4), constituye un cambio trascendental, al hacer extensivo los efectos de la subrogación legal.

Finalmente, es plausible que se permita el pago por un tercero a pesar de la oposición del deudor principal y que se reconozca la acción de regreso para la subrogación legal, posibilitándose la satisfacción de las obligaciones y la recuperación del gasto en que incurrió el *solvens*; no obstante, existen vacíos que deben superarse para justificar con argumentos válidos el derecho de regreso así concebido.

4. JURISPRUDENCIA CORRESPONDIENTE AL PAGO *PROHIBENTE DEBITORE*.

Para finalizar con el presente ensayo académico, es importante verificar mediante la jurisprudencia, la que hace referencia al pago realizado por un tercero ajeno a la deuda.

Es el caso que, en la sentencia del 10 de junio de 2015, ocurre que por medio del Banco de Chile se realiza el pago de una deuda, la misma que correspondía a la señora Jimena Patricia Rodrigo. Lo cual se da en la acción de que la demandada, emite un cheque sin fondos a favor de la Clínica Dávila y Servicios Médicos S.A., por una cantidad de 41.332.999 pesos y el es el demandante que por satisfacer y beneficiar a su cliente permite el pago. Para

lo que después la demandada se negara rotundamente a la devolución del monto cancelado.

Para eso el demandante solicita a la Corte que se le permita efectuar el derecho de subrogación legal y así poder actuar contra la demandada, para lo que la misma corte menciona que de acuerdo con el art. 1610 C.c.ch., la subrogación legal será pertinente siempre y cuando exista de manera expresa o tácita el consentimiento del deudor. Para lo que la parte demandante aclara que al momento de emitirse el cheque sin fondos lo cual es de conocimiento de la demandada, se lo debería tomar como una forma expresa de actuar por el Banco (demandante), para saldar la deuda.

Es de esta manera que la Corte, niega de manera rotunda la aplicación del artículo 1610, motivando que no se configura la situación de la subrogación legal y por la razón de no solicitar otra fuente no se estimara la demanda, siendo aplicado el artículo 1574 para la decisión tomada por parte de la Corte. Lo cual a manera personal resulta un perjuicio para el demandante, por la razón de que al aplicarse en este caso el art. 1574, que menciona:

“que aquel que paga contra la voluntad del deudor, no tiene derecho para que el deudor lo reembolse lo pagado; a no ser que el acreedor le ceda de manera voluntaria su acción.”

Dejando por voluntad del acreedor que sus derechos sean cedidos al demandante, lo que no es una solución, por la razón de que se puede dar como no.

A manera de crítica en cuanto al fallo realizado por la Corte, se puede observar que el demandante realiza el pago a favor de la señora Jimena Patricia (demandada) la misma que realiza un cheque a nombre del acreedor, se expresa que el monto a pagar sea desembolsado, con lo cual se debería

aplicar por parte de la norma la subrogación legal, visto que cumple con los designios establecidos para su configuración.

Pero al no darse este derecho invocado, es evidente que la misma Corte, debía haber aplicado el art. 2291 C.c.ch., que establece que *“si de la gestión ha resultado la extinción de una deuda, que sin ella hubiese tenido que pagar el deudor o interesado principal, el solvens podrá ejercer la acción de regreso, de la cantidad que le fuese útil al deudor”*. Siendo pertinente comentar que la decisión tomada en la sentencia No.833-2015, deja en total indefensión al demandante.

5. CONCLUSIONES.

De la investigación realizada se pueden extraer las siguientes conclusiones:

Es importante destacar que el artículo 1588 del Código Civil permite que el pago lo realice cualquier persona, aún contra la voluntad expresa del deudor; sin embargo, el problema radica en la forma de activar el derecho de regreso por parte del *solvens*, el mismo que sería viable a través de la subrogación convencional, con lo cual existe la cesión de derechos por parte del acreedor o mediante el reclamo por enriquecimiento injusto.

En la presente investigación se determinó que la contradicción en el pago realizado por un tercero discurre desde la época romana, sin embargo, la misma normativa establecía soluciones que eviten la afectación del patrimonio de las personas inmersas en la obligación, estas son: el *solvens*, el acreedor y deudor.

Por otra parte al mencionar la contradicción que se da en los artículos 1590 y 2191 del Código Civil, es importante mencionar que es necesario subsanar la misma, toda vez que por un lado se perjudica al tercero que paga una deuda ajena, quien depende de la voluntad del acreedor para obtener el reintegro del dinero invertido; y, por otro posibilita la intromisión y asegura el derecho de regreso del *solvens*, siempre que se pueda comprobar un beneficio para la parte obligada de manera principal.

De análisis efectuado al desarrollo del pago prohibente debitor en la legislación de otros países, se colige que el mismo es permitido siempre que el pago efectuado por un tercero comporte beneficio al deudor, lo cual no violenta el desarrollo normal de la igualdad entre las partes.

El Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina, introdujo grandes avances en cuanto a la satisfacción de las obligaciones, siendo la más

importante para el desarrollo del presente trabajo académico, permitir que la subrogación legal se aplique cuando un tercero interesado paga la deuda ajena aun contra la voluntad del deudor, lo cual de acuerdo a la Cámara Argentina posibilita mantener la igualdad y no perjudica al patrimonio del tercero ajeno a la deuda. Al respecto considero que esto posibilita la intromisión ilimitada en asuntos que son privados; por lo que la disposición contenida en el artículo 2191 del Código civil ecuatoriano, garantiza una adecuada aplicación de la acción de regreso.

En cuanto a las vía de regreso que es permitida en la normativa nacional, considero que la subrogación convencional, a pesar de resolver el problema del *solvens* respecto al derecho de regreso, no constituye una vía totalmente segura, ya que depende de la voluntad del acreedor, la cual puede ser muy variable y no debería ser la única, siendo por esta razón que la forma más razonable de resolver el dilema que se provocó entre el deudor principal y aquel tercero ajeno a la deuda, sería por medio de la aplicación de la devolución del monto que le haya sido útil al obligado de subsanar la deuda u obligación.

Finalmente es importante armonizar las disposiciones del Código Civil, a fin de generar una mayor protección a los intereses de las personas en sus relaciones; principalmente en aquella que conlleva la generación de obligaciones. Del análisis efectuado, se concluye que la disposición contenida en el artículo 2191 del Código Civil, es la más conveniente, toda vez que ampara el derecho de regreso del tercero que pagó una obligación ajena, comportando un beneficio equitativo y justo para las partes que actúan en el problema.

REFERENCIAS

- Abeliuk, R. (1993). *Las Obligaciones Tomo 2*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Abeliuk, R. (2001). *Las Obligaciones*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Aguilar, G. (2009). *Cosas, Bienes y Derechos Reales* (9.n ed.). Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.
- Alessandri, A. (1998). *Tratado de Derecho Civil partes preliminar y general*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Arnau, F. (2009). *Lecciones de Derecho Civil I*. Castellón: Publicaciones de la Universitat Jaume.
- Bahamonde, R. (2016). *Derecho Procesal Civil*. Las Palmas: Emphydea Innovación Creativa Limitada.
- Barriga, L. (1996). *El Derecho Civil Chileno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Bezdach, M. (2007). *El Pago con Subrogación* (tesis). Pontificia Universidad Católica- Ecuador, Quito.
- Bergallo, S. (2016). Pago por Subrogación Legal. *LA LEY*, 10. Recuperado el 21 de marzo de 2019 de https://www.academia.edu/29748792/Pago_con_subrogaci%C3%B3n_Leal_Sustituci%C3%B3n_personal_en_el_C%C3%B3digo_Civil_y_Comercial.doc
- Bohórquez, C. (2014). *El Enriquecimiento sin causa en el Derecho Civil y Administrativo*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda.
- Bolaños, J. (2004). *El Pago* Recuperado el 21 de marzo de 2019 de <file:///Users/Juanse/MEGA/13358-Texto%20del%20art%C3%ADculo-22492-1-10-20140205.pdf>
- Borda, G. (2012). *Manual de Derecho Civil* (14.^a ed.). Buenos Aires: La Ley S.A.E.
- Brachfield, P. (2014). *El recobro de las Deudas*. Madrid: FC Editorial. Fundación Confemental.

- Carmelo, G. Herrera, M. Picasso, S. (2015). *Código civil y Comercial de la Nación comentado*. Buenos Aires: Editorial Infojus.
- Claro Solar, L. (1978). *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Código Civil Ecuatoriano*. (2014). Registro Oficial 46 de 24 de junio de 2005.
- Del Olmo, P. (1998). *El pago del tercero y la Subrogación*. Madrid: Editorial Civitas
- Diez – Picazo, L. (1993). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Madrid: Editorial Civitas.
- García Falconí, R. (2014). *Análisis Jurídico Teórico- Práctico del Código Orgánico Integral Penal*. Quito: Cevallos Editorial Jurídica.
- Guillen, H. (2008). *Obligaciones Manual*. Buenos Aires: Editorial B de F.
- Gutiérrez y Gonzales, E. (2007). *El Patrimonio*. México: Porrúa S.A. de C.V.
- Hauque, M (2016). Comentarios sobre los nuevos Códigos comentados o la increíble historia del indispensable libro borrador. *Revista Argentina de Ciencias Económicas*, 13.01. Recuperado el 3 de abril de 2019 de https://www.researchgate.net/publication/309267296_Investigacion_Comentarios_sobre_los_nuevos_codigos_comentados_o_la_increible_historia_del_indispensable_libro_borrador
- Lopez Meza, M. (2009). *Derecho de las Obligaciones*. Buenos Aires: Editorial ByF.
- Majfud, J (1992). *Alfonso El Sabio y las Siete Partidas*. Recuperado el 15 de abril de 2019 de <https://majfud.org/tag/las-siete-partidas/>
- Meza Barros, R. (2014). *Manual de Derecho Civil Tomo 1*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Mogrovejo, N. (2015). *El pago con Subrogación como modo de extinguir la obligación* (tesis). Universidad de Cuenca- Ecuador, Cuenca.
- Morales Álvarez, J. (2002). *Teoría General de la Obligaciones*. Cuenca: PUDELECO Editores S.A.
- Oramas Gross, A. (1988). *El Enriquecimiento sin Causa como Fuente de Obligaciones*. Guayaquil: Edino.

- Ospina, G. (2014). *Régimen General de las Obligaciones*. Bogotá: Editorial Temis S.A.
- Palmero, J. (1973). *El cumplimiento por el tercero*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- Peñailillo, D. (2006). *Obligaciones Teoría General y Clasificaciones*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Pothier, R. (1839). *Tratado de las Obligaciones primera parte*. Recuperado el 21 de abril de 2019 de <http://bdh.bne.es/bne/search/biblioteca/Tratado%20de%20las%20obligaciones.%20%20%20Parte%20primera%20%20%20/qjs/Pothier,%20Robert%20Joseph/qjs/bdh0000164281;jsessionid=81B0248C24EEC53F2BF7EBDF911DDF51>
- Prado Rodríguez, J. C. (2010). Fundamentos Romanistas de la acción de repetición por enriquecimiento injusto prevista en el artículo 1158.3 del Código civil español. *Revista General de Derecho Romano*, 14.
- Prado Rodríguez, J. C. (2011). La *solutio* del tercero *ignorante vel invito debitore* y sus vías de regreso contra el deudor. *IVRA LIX*, 217- 266.
- Prado Rodríguez, J. C. (2011). Notas sobre la reglamentación del pago del tercero en las Siete Partidas y sus fundamentos romanistas. *Revista Internacional de Derecho Romano*, 15.
- Prado Rodríguez, J. C. (2017). Estudio sobre la *actio utilis* referida en D. 17,1,40 y su alcance en el Código civil de Bello. *Revista Ius et Praxis*, 1.
- Ramos Pazos, R. (2011). *De las Obligaciones*. Santiago: Lexis Nexis.
- Sentencia de casación N.o 833-2015* (2015). (Novena Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago)
- Serrano Herrera, C. (2011). La legitimación del pago de un tercero. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2.
- Torrent, A (2014). El Código civil español en la secuencia comparativista de los fundamentos el Derecho europeo. *Revista Internacional de Derecho Romano*.

Volterra, E (1990). *Instituciones del Derecho Privado Romano*. Madrid: Ediciones Civitas.

ANEXOS

GLOSARIO:

- Esnaola, María, *Los sujetos de las obligaciones*. (Madrid, Uned, 2011), p.1, quien define al **solvens**, como aquella persona o tercero que efectúa el pago, supliendo al deudor principal quien es el obligado principal liquidar dicha obligación.
- Castillo, Mario, *Sobre las obligaciones y sus clasificaciones*. (Lima, Universidad del Sagrado Corazón, 2014), p.212, quien define a la palabra *intuitu personae*, como el término utilizado en el derecho para poder identificar aquellos contratos que se dan por obligación, proveniente del latín que hace mención a la atención a las persona. De igual manera es utilizado para describir aquellos contratos efectuados por dos partes, el mismo que se deberá cumplir tal cual se lo estableció.
- Cabanellas, Guillermo, *Diccionario de Derecho Usual (Tomo 1)*. (Buenos Aires, Editorial Viracocha, 1953), p.31, quien define a la palabra *accipien*, como aquella persona que es poseedora del derecho a recibir el pago o de igual manera conocido como acreedor.
- Cabanellas, Guillermo, *Diccionario de Derecho Usual (Tomo 1)*. (Buenos Aires, Editorial Viracocha, 1953), p.134, define a *ipso iure* como una expresión latina que quiere decir por virtud del derecho o por el derecho mismo.
- Cabanellas, Guillermo, *Diccionario de Derecho Usual (Tomo 1)*. (Buenos Aires, Editorial Viracocha, 1953), p.150, menciona que el *prohibente debitor* es aquella persona que no es la deudora, aquella persona que no mantiene una obligación pendiente con el acreedor.
- Cabanellas, Guillermo, *Diccionario de Derecho Usual (Tomo 1)*. (Buenos Aires, Editorial Viracocha, 1953), p.189, menciona que la *solutio* hace referencia a la solución que se puede dar por algún problema existente, en el caso de una de una deuda la solución o *solutio* sería la cancelación de esta.
- Cabanellas, Guillermo, *Diccionario de Derecho Usual (Tomo 1)*. (Buenos Aires, Editorial Viracocha, 1953), p.25, comenta que el *aequitas naturalis*

es el concepto usado en la antigua roma que hace referencia a la justicia, equidad, conformidad, simetría y rectitud

- *Lex XII Tabularum*, conocida como la Ley de igualdad romana, la misma que contenía reglas para regular la convivencia del pueblo romano.
- Prado, Juan Carlos, La *solutio* del tercero *ignorante vel invito debitore* y sus vías de regreso contra el deudor. (Madrid, Revisa IVRA LIX 2017), p.251, establece que la *actio utilis*, es aquella actividad útil por la cual se otorgaba equidad con la finalidad de restablecer el equilibrio que se quebranto.

