FELIPE OSTERLING PARODI
Profesor Principal en la Pontificia
Universidad Católica del Perú

MARIO CASTILLO FREYRE
Profesor Principal en la Pontificia
Universidad Católica del Perú

# COMPENDIO DE DERECHO DE LAS OBLIGACIONES

Con la colaboración de
VERÓNICA ROSAS BERASTAIN

Palestra Editores
Lima — 2008

COMPENDIO DE DERECHO DE LAS OBLIGACIONES
Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre
Primera edición, diciembre de 2008

*Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta obra sin el consentimiento expreso de sus autores.*

© Copyright : Felipe Osterling Parodi
Mario Castillo Freyre
© Copyright 2008 : Palestra Editores S.A.C.
Calle Carlos A. Salaverry 187 - Lima 18 - Perú
Telefax: (511) 7197-626 / 7197-627
E-mail: palestra@palestraeditores.com
Website: www.palestraeditores.com

Impresión y encuadernación:
Grández Gráficos S.A.C.
Mz. E Lt. 15 Urb. Santa Rosa de Lima - Lima 39 - Perú

Diseño de cubierta y diagramación: Elizabeth Ana Cribillero Cancho

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° **2008-15255**

ISBN: 978-9972-224-91-1

*Número de registro del proyecto editorial: 31501220800718*

*Tiraje: 500 ejemplares*

*Impreso en el Perú* *Printed in Peru*

624

# ÍNDICE

**Introducción** ..... 29
**Teoría general de las obligaciones** ..... 31

1. Nota preliminar ..... 31
2. Definición de obligación y conceptos generales ..... 54
3. Evolución de las obligaciones ..... 65
4. Naturaleza jurídica de la obligación ..... 71
   4.1. Obligaciones civiles propiamente dichas ..... 79
   4.2. Deberes jurídicos con contenido patrimonial ..... 80
   4.3. Deberes jurídicos que carecen de contenido patrimonial ..... 81
   4.4. Deberes morales o de solidaridad social ..... 82
   4.5. Deberes generales que carecen de contenido patrimonial ..... 82
   4.6. Otras consideraciones ..... 83
5. Elementos de la obligación ..... 86
   5.1. Sujetos de la obligación ..... 87
   5.2. Vínculo jurídico ..... 89
   5.3. Objeto de la obligación ..... 90
      5.3.1. Posibilidad del objeto ..... 91
      5.3.2. Licitud del objeto ..... 92
      5.3.3. Determinación o determinabilidad del objeto ..... 93
      5.3.4. Patrimonialidad de la obligación ..... 93
   5.4. Causa de la obligación ..... 104
      5.4.1. Causa eficiente o causa fuente de las obligaciones ..... 111
      5.4.2. Causa legal o causa final de las obligaciones ..... 112

5.4.3. Causa ocasional o motivo determinante del acto jurídico ..... 113
6. Clasificación de las obligaciones ..... 114
6.1. Por su fuente ..... 114
6.2. Por la naturaleza de la prestación ..... 116
6.3. Por la pluralidad de objetos ..... 119
6.4. Por la pluralidad de sujetos ..... 120
6.5. Por estar determinada o ser determinable la prestación ..... 122
6.6. Por su independencia ..... 123
6.7. Por ser puras o modales ..... 124
6.8. Por agotarse instantáneamente con el cumplimiento de una prestación o ser duraderas ..... 125
6.9. Por el contenido de la prestación ..... 126
6.10. Por ser obligaciones de naturaleza u obligaciones monetarias ..... 126
6.11. Por ser obligaciones de medios o de resultado ..... 127
6.12. Obligaciones ambulatorias o *propter rem* ..... 131
6.13. Por su exigibilidad ..... 133

## SECCIÓN PRIMERA
## LAS OBLIGACIONES Y SUS MODALIDADES

### TÍTULO I
### Obligaciones de dar

1. Obligaciones de dar bienes ciertos ..... 149
1.1. Consideraciones generales ..... 149
1.2. El principio de identidad ..... 149
1.3. Deber de información sobre el estado del bien ..... 150
1.4. Obligación de conservar el bien ..... 151
1.5. Concurrencia de acreedores ..... 152
1.5.1. Consideraciones generales ..... 152
1.5.2. Concurrencia de acreedores de bien inmueble ..... 155
1.5.3. Concurrencia de acreedores de bien mueble ..... 155
1.5.4. Concurrencia de arrendatarios ..... 158
1.6. Pérdida de un bien cierto ..... 159
1.7. Teoría del riesgo en las obligaciones de dar bien cierto ..... 161

1.8. Presunción de culpa del deudor ..... 168
1.9. Pérdida del bien en obligación proveniente de delito o falta ..... 169
1.10. Gastos de conservación ..... 169
2. Obligaciones de dar bienes inciertos ..... 172
2.1. Consideraciones generales ..... 172
2.2. Especificaciones mínimas ..... 173
2.3. Reglas para la elección de bien incierto ..... 176
2.4. Plazo para la elección ..... 180
2.5. Irrevocabilidad de la elección ..... 182
2.5.1. *Arbitrium boni viri* o arbitrio de equidad ..... 182
2.5.2. *Arbitrium merum* o mero arbitrio ..... 183
2.6. Pérdida del bien antes de la elección ..... 184
2.7. Reglas aplicables después de la elección ..... 186

## TÍTULO II
## Obligaciones de hacer

1. Consideraciones generales ..... 189
2. Plazo y modo de cumplimiento en las obligaciones de hacer ..... 190
3. Ejecución de la prestación por terceros ..... 194
4. Opciones del acreedor por inejecución de obligaciones ..... 195
5. Opciones del acreedor por ejecución parcial, tardía o defectuosa ..... 198
5.1. Ejercitar las opciones previstas en los incisos 1 ó 2 del artículo 1150... 202
5.2. Considerar no ejecutada la prestación, si resultase sin utilidad para él ..... 202
5.3. Exigir al deudor la destrucción de lo hecho o destruirlo por cuenta de él, si le fuese perjudicial ..... 202
5.4. Aceptar la prestación ejecutada, exigiendo que se reduzca la contraprestación, si la hubiere ..... 203
6. Derecho del acreedor a ser indemnizado ..... 204
7. Cumplimiento deficiente sin culpa del deudor ..... 205
8. Imposibilidad de la prestación por culpa del deudor ..... 205
9. Imposibilidad de la prestación por culpa del acreedor ..... 206
10. Imposibilidad de la prestación sin culpa de las partes ..... 208
11. Sustitución del acreedor por inejecución culposa ..... 208

## TÍTULO III
## Obligaciones de no hacer

1. Consideraciones generales ..... 211
2. Derechos del acreedor por incumplimiento culposo del deudor ..... 212
2.1. Exigir la ejecución forzada de la prestación, a no ser que fuese necesario para ello emplear violencia contra la persona del deudor.... 213
2.2. Exigir la destrucción de lo ejecutado o destruirlo por cuenta del deudor ..... 213
2.3. Dejar sin efecto la obligación ..... 214
3. Indemnización ..... 214
4. Normas aplicables a las obligaciones de no hacer ..... 215

## TÍTULO IV
## Obligaciones alternativas y facultativas

1. Obligaciones de objeto plural. Consideraciones generales ..... 217
2. Obligaciones conjuntivas ..... 217
3. Obligaciones alternativas ..... 221
3.1. Noción ..... 221
3.2. A quién corresponde la elección ..... 223
3.3. Formas de realizar la elección ..... 226
3.4. Elección en una obligación de prestaciones periódicas ..... 228
3.4.1. Posibilidad de entrelazar los criterios clasificatorios de las obligaciones de objeto plural ..... 229
3.5. Reglas de imposibilidad de la ejecución de una o más prestaciones... 233
3.6. Supuesto en el que la obligación alternativa deviene en una de objeto simple ..... 239
4. Obligaciones facultativas ..... 240
4.1. Noción ..... 240
4.2. Extinción de obligación facultativa por nulidad o imposibilidad de las prestaciones ..... 244
4.3. Conversión de una obligación facultativa en obligación de objeto simple ..... 246
4.4. Presunción de obligación facultativa ..... 246

## Obligaciones con pluralidad de sujetos

1. Consideraciones generales ..... 249

## TÍTULO V
## Obligaciones divisibles e indivisibles

1. Antecedentes históricos ..... 259
2. Principio de divisibilidad ..... 271
3. Presunción de división en alícuotas ..... 275
4. Oposición del beneficio de la división en las obligaciones divisibles y mancomunadas ..... 277
5. Obligaciones indivisibles ..... 279
5.1. Cuando no resulta susceptible de división o de cumplimiento parcial por mandato de la ley ..... 281
5.2. Cuando no resulta susceptible de división o de cumplimiento parcial por la naturaleza de la prestación ..... 281
5.3. Cuando no resulta susceptible de división o de cumplimiento parcial por el modo en que fue considerada al constituirse ..... 282
6. Exigibilidad del cumplimiento total de la prestación ..... 282
7. Las difíciles relaciones entre el Derecho Sucesorio y el Derecho de Obligaciones en torno a la divisibilidad, indivisibilidad, mancomunidad y solidaridad ..... 284
7.1. Principios aplicables en caso de muerte del deudor o de uno de los codeudores ..... 284
7.1.1. Supuesto en el cual el deudor o un codeudor muere y deja un único heredero ..... 284
7.1.2. Supuesto en el cual el deudor o un codeudor muere y deja más de un heredero ..... 285
7.1.2.1. Si la obligación es divisible y mancomunada ..... 285
7.1.2.1.1. Si se trata de una sucesión intestada ..... 285
7.1.2.1.2. Si se trata de una sucesión testamentaria ..... 289
7.1.2.2. Si la obligación es divisible y solidaria ..... 290
7.1.2.2.1. Si se trata de una sucesión intestada ..... 290
7.1.2.2.2. Si se trata de una sucesión testamentaria ..... 291
7.1.2.3. Si la obligación es indivisible y mancomunada ..... 292

7.1.2.3.1. Si se trata de una sucesión intestada ..... 292
7.1.2.3.2. Si se trata de una sucesión testamentaria..... 293
7.1.2.4. Si la obligación es indivisible y solidaria..... 293
7.1.2.4.1. Si se trata de una sucesión intestada ..... 293
7.1.2.4.2. Si se trata de una sucesión testamentaria..... 294
7.2. La obligación frente a la muerte del acreedor o de uno de los acreedores..... 294
7.2.1. Si la obligación es divisible y mancomunada ..... 299
7.2.2. Si la obligación es divisible y solidaria..... 300
7.2.3. Si la obligación es indivisible y mancomunada..... 300
7.2.4. Si la obligación es indivisible y solidaria ..... 300
7.3. Comentarios finales..... 301
8. Consolidación entre el acreedor y uno de los deudores ..... 303
9. Novación y otras formas de extinción de obligaciones entre el deudor y uno de los acreedores..... 305
10. Conversión de obligación indivisible en obligación de indemnizar ..... 306
11. Aplicación de las normas de las obligaciones solidarias a las obligaciones indivisibles ..... 309

## TÍTULO VI
## Obligaciones mancomunadas y solidarias

1. Obligaciones mancomunadas ..... 315
2. Reglas aplicables a las obligaciones solidarias ..... 317
3. La solidaridad y la presunción de mancomunidad en las obligaciones con pluralidad de sujetos..... 319
3.1. Las fuentes de la solidaridad..... 320
3.2. Presunción de mancomunidad..... 322
3.3. ¿Qué es la solidaridad y por qué la ley peruana es en extremo cuidadosa con su aplicación?..... 323
3.4. ¿Y en qué casos una obligación es solidaria? ..... 327
4. Solidaridad pasiva. Obligación de los deudores con modalidades diferentes..... 330
5. Clases de obligaciones solidarias..... 332
6. Transmisión *mortis causa* de la obligación solidaria..... 336
7. Supuestos de novación, compensación, condonación y transacción total de la obligación, practicados por el acreedor común y uno de los deudores en las obligaciones solidarias..... 336

8. Supuestos de novación, compensación, condonación y transacción parcial de la obligación, practicados por el acreedor común y uno de los deudores en las obligaciones solidarias ..... 343
9. Extinción total o parcial de la solidaridad entre el deudor y uno de los acreedores ..... 346
10. Extinción parcial de la solidaridad por consolidación ..... 350
11. Excepciones pasibles de ser opuestas ..... 352
12. Efectos de la sentencia ..... 354
13. Constitución en mora de un codeudor o de un coacreedor ..... 360
14. Efectos del incumplimiento culpable de uno o más codeudores ..... 368
15. La prescripción y las obligaciones solidarias ..... 370
15.1. Interrupción de la prescripción contra uno de los codeudores o coacreedores ..... 370
15.1.1. Reconocimiento de la obligación ..... 371
15.1.2. Intimación para constituir en mora al deudor ..... 372
15.1.3. Citación con la demanda ..... 373
15.1.4. Oponer judicialmente la compensación ..... 374
15.2. Suspensión de la prescripción contra uno de los codeudores o coacreedores ..... 379
15.3. Renuncia a la prescripción por un codeudor o en favor de un coacreedor ..... 381
15.3.1. Consideraciones generales en torno a la renuncia a la prescripción ..... 381
15.3.1.1. Alcances de la renuncia a la prescripción ..... 382
15.3.1.2. Formas de renuncia a la prescripción ..... 384
15.3.2. La renuncia a la prescripción en las obligaciones solidarias ..... 385
16. Reconocimiento de la deuda por un codeudor solidario o por el deudor frente a un coacreedor solidario o a un acreedor ..... 387
17. La renuncia a la solidaridad ..... 389
17.1. Renuncia del acreedor a la solidaridad ..... 389
17.2. Renuncia del acreedor a la solidaridad, respecto de uno de los deudores, resultando insolvente(s) otro u otros de los deudores ... 391
17.3. Renuncia del acreedor a la solidaridad respecto de parte de los frutos o intereses ..... 392
18. Las relaciones internas entre los deudores y entre los acreedores de obligaciones indivisibles y solidarias ..... 393
18.1. División de la obligación en las relaciones internas entre los diversos codeudores o coacreedores ..... 393
18.2. Supuesto de insolvencia de algún codeudor ..... 397

## Título VII
## Reconocimiento de las obligaciones

1. Consideraciones generales y especficas. ..... 401

## TÍTULO VIII
## Transmisión de las obligaciones

### Capítulo Único: Cesión de derechos

1. Consideraciones generales. Concepto ..... 411
2. Formalidad de la cesión de derechos ..... 416
3. Derechos que pueden ser cedidos ..... 417
4. Cesión del derecho a participar en un patrimonio hereditario ..... 418
5. Ineficacia de la cesión ..... 420
6. Extensión de la cesión de derechos ..... 421
7. Garantía del derecho cedido ..... 423
8. Garantía de la solvencia del deudor ..... 424
9. Cesión legal. Efectos ..... 426
10. Inicio de los efectos de la cesión ..... 427
11. Excepción de la liberación del deudor por cumplimiento de la prestación ..... 429
12. Prelación en la concurrencia de cesionarios ..... 430

## SECCIÓN SEGUNDA
## EFECTOS DE LAS OBLIGACIONES

## TÍTULO I
## Disposiciones generales

1. El principio de transmisión de las obligaciones a los herederos ..... 435
1.1. Obligación no transmisible a los herederos por ser inherente a la persona ..... 436
1.2. Obligación no transmisible a los herederos por prohibirlo la ley ... 436
1.3. Obligación no transmisible a los herederos por pacto ..... 437
2. Acciones que corresponden al acreedor por efecto de las obligaciones 437
2.1. El empleo de los medios legales para que el deudor le procure aquello a que se obligó ..... 438

2.2. Procurarse la prestación o hacérsela procurar por otro, a costa del deudor ..... 438
2.3. Exigir el pago de una indemnización ..... 439
2.4. Promover acciones subrogatorias u oblicuas ..... 439

## TÍTULO II
## Pago

### Capítulo Primero: Disposiciones generales

1. Consideraciones generales ..... 443
2. Noción de pago ..... 447
2.1. Requisitos ..... 448
2.1.1. Preexistencia de una obligación ..... 448
2.1.2. Que la prestación se efectúe con *animus solvendi* ..... 448
2.1.3. Que se pague aquello que se debe ..... 448
2.1.4. Que se pague íntegramente lo debido ..... 449
3. Indivisibilidad del pago ..... 449
4. Pago realizado por tercero ..... 452
5. Aptitud legal para efectuar el pago ..... 457
6. Personas a quienes se puede efectuar el pago ..... 460
6.1. Pago hecho al acreedor ..... 461
6.2. Pago hecho al designado por el juez ..... 461
6.3. Pago hecho al designado por la ley ..... 461
6.4. Pago hecho al designado por el acreedor ..... 461
6.5. Pago hecho a persona no autorizada ..... 462
6.5.1. Que el acreedor ratifique el pago ..... 462
6.5.2. Que el acreedor no ratifique el pago y no se aproveche de él 463
6.5.3. Que el acreedor no ratifique el pago, pero sí se aproveche de él 463
7. Pago efectuado a persona que goza verosímilmente de la calidad de acreedor. Presunciones ..... 464
8. Presunción de autorización para cobrar ..... 468
9. Pago efectuado a incapaces ..... 469
10. Ineficacia del pago que efectúa el deudor después de notificado para no verificarlo ..... 471
11. Prueba del pago ..... 473
12. Retención del pago ..... 475

13. Presunción de pago total ..... 477
14. Presunción de pago de intereses ..... 479
15. Pago con títulos valores ..... 480
16. Nominalismo ..... 489
17. Cláusulas valoristas ..... 491
18. Obligaciones de valor ..... 495
19. Deuda contraída en moneda extranjera ..... 497
20. Lugar de pago ..... 501
21. Cambio de domicilio de las partes ..... 506
22. Plazo para el pago ..... 509
23. Gastos del pago ..... 512

**Capítulo Segundo: Pago de intereses**

1. Consideraciones generales ..... 515
2. Interés compensatorio y moratorio ..... 516
2.1. Consideraciones generales ..... 516
2.2. Interés convencional compensatorio ..... 518
2.3. Interés convencional moratorio ..... 518
3. Tasas máximas de interés convencional ..... 520
3.1. Para el interés convencional compensatorio ..... 523
3.1.1. En moneda nacional ..... 523
3.1.1.1. Para operaciones no sujetas al S.R.D. ..... 523
3.1.1.2. Para operaciones sujetas al S.R.D. ..... 523
3.1.2. En moneda extranjera ..... 523
3.2. Para el interés convencional moratorio ..... 524
3.2.1. En moneda nacional ..... 524
3.2.2. En moneda extranjera (dólares de los Estados Unidos de América) ..... 524
4. Tasa de interés legal ..... 525
5. Pago de interés legal a falta de pacto ..... 528
6. Pago del interés por mora ..... 533
7. Intereses en obligaciones no pecuniarias ..... 538
8. Intereses en obligaciones consistentes en títulos valores ..... 541
9. Limitación al anatocismo ..... 545
10. Validez del convenio de capitalización de intereses ..... 547

## Capítulo Tercero: Pago por consignación

1. Consideraciones generales ..... 551
2. Requisitos de la consignación ..... 552
2.1. Existencia de una obligación ..... 553
2.2. Voluntad de pago por parte del deudor ..... 554
2.3. Imposibilidad de efectuar un pago directo ..... 555
3. Clases de ofrecimiento ..... 556
3.1. Ofrecimiento judicial ..... 557
3.1.1. Cuando así se hubiera pactado entre acreedor y deudor ..... 557
3.1.2. Cuando no estuviera establecida contractual o legalmente la forma de hacer el pago ..... 557
3.1.3. Cuando por causa que no sea imputable al deudor, éste estuviera impedido de cumplir la prestación prevista ..... 558
3.1.4. Cuando el acreedor no realiza los actos de colaboración necesarios para que el deudor pueda cumplir la prestación que le compete ..... 558
3.1.5. Cuando el acreedor no sea conocido o fuese incierto ..... 559
3.1.6. Cuando se ignore el domicilio del acreedor ..... 559
3.1.7. Cuando el acreedor se encuentre ausente ..... 560
3.1.8. Cuando el acreedor fuera incapaz sin tener representante o curador designado ..... 561
3.1.9. Cuando el crédito fuera litigioso o lo reclamaran diversos acreedores ..... 562
3.1.10. Cuando se presenten situaciones análogas a las enumeradas anteriormente, que impidan al deudor ofrecer o efectuar directamente un pago válido ..... 562
3.2. Ofrecimiento extrajudicial ..... 562
3.2.1 De la manera que estuviera pactada la obligación ..... 562
3.2.2. En defecto de la manera que estuviera pactada la obligación, el ofrecimiento extrajudicial deberá hacerse mediante carta notarial cursada al acreedor con una anticipación no menor de cinco días anteriores a la fecha de cumplimiento debido, si estuviera determinado ..... 563

3.2.3. En el mismo supuesto anterior, pero en caso de que la fecha del cumplimiento no estuviera determinada, el ofrecimiento extrajudicial deberá hacerse mediante carta notarial cursada al acreedor con una anticipación no menor de diez días anteriores a la fecha de cumplimiento que el deudor señale ..... 564
4. Ofrecimiento judicial de pago, consignación y oposición ..... 564
5. Momento en que surte efectos la consignación ..... 566
5.1. El acreedor no se opone al ofrecimiento judicial dentro de los cinco días siguientes a su emplazamiento ..... 566
5.2. La oposición del acreedor al pago por cualquiera de las formas de ofrecimiento es desestimada por resolución con autoridad de cosa juzgada ..... 567
6. Desistimiento del ofrecimiento de pago ..... 568
6.1. Cuando el acreedor no la haya aceptado ..... 569
6.2. Cuando el supuesto acreedor haya impugnado la consignación efectuada, y todavía no haya sido desestimada dicha impugnación por resolución con autoridad de cosa juzgada ..... 570

**Capítulo Cuarto: Imputación del pago**

1. Imputación del pago por parte del deudor ..... 571
2. Orden de la imputación convencional ..... 578
3. Imputación efectuada por el acreedor ..... 580
4. Imputación legal ..... 582

**Capítulo Quinto: Pago con subrogación**

1. Consideraciones generales ..... 587
2. Subrogación legal o de pleno derecho ..... 589
2.1. De quien paga una deuda a la cual estaba obligado, indivisible o solidariamente, con otro u otros ..... 590
2.2. De quien por tener legítimo interés cumple la obligación ..... 592
2.3. Del acreedor que paga la deuda del deudor común a otro acreedor que le es preferente ..... 593
3. Subrogación convencional ..... 594

3.1. Cuando el acreedor recibe el pago de un tercero y lo sustituye en sus derechos ..... 595
3.2. Cuando el tercero no interesado en la obligación paga con aprobación expresa o tácita del deudor ..... 595
3.3. Cuando el deudor paga con una prestación que ha recibido en mutuo y subroga al mutuante en los derechos del acreedor, siempre que el contrato de mutuo se haya celebrado por documento de fecha cierta, haciendo constar tal propósito en dicho contrato y expresando su procedencia al tiempo de efectuar el pago ..... 597
4. Efectos del pago con subrogación ..... 599
5. Naturaleza del cobro en la relación interna ..... 600
6. Subrogación parcial ..... 601

**Capítulo Sexto: Dación en pago**

1. Concepto y consideraciones generales ..... 603
2. Requisitos ..... 605
2.1. Preexistencia de una obligación válida ..... 605
2.2. Cumplimiento con una obligación distinta al objeto de la deuda .. 607
2.3. Consentimiento ..... 608
3. Supuestas diferencias existentes entre la dación en pago y la novación objetiva ..... 611
3.1. Sobre la alteración de la relación obligatoria ..... 611
3.2. Sobre la voluntad expresa para celebrar el acto ..... 611
3.3. Sobre la sustitución de la obligación primitiva por otra, con prestación distinta o a título diferente ..... 612
3.4. Sobre acuerdos relativos a cambios accesorios ..... 612
3.5. Sobre la supervivencia o extinción de las garantías prestadas por terceros ..... 613
3.6. Sobre la posibilidad de acordar un pago sujeto a condición suspensiva, siendo la obligación original una pura y simple ..... 614
3.7. Sobre la posibilidad de acordar un pago puro y simple, siendo la obligación original una sujeta a condición suspensiva ..... 614
3.8. Sobre la posibilidad de acordar un pago sujeto a condición resolutoria, siendo la obligación original una pura y simple ..... 615
3.9. Sobre la posibilidad de acordar un pago puro y simple, siendo la obligación original una sujeta a condición resolutoria ..... 615

3.10. Sobre la nulidad de la obligación original ..... 615
3.11. Sobre el carácter anulable de la obligación original ..... 616
3.12. Sobre la nulidad o anulación de la obligación primitiva ..... 616
4. Efectos de la dación en pago ..... 616
5. Aparente supuesto en que la dación en pago se regula por las normas del contrato de compraventa ..... 619
6. Consideraciones finales ..... 620

**Capítulo Séptimo: Pago indebido**

1. Consideraciones generales ..... 623
2. Supuestos en los que se configura el pago indebido ..... 627
2.1. El doble pago ..... 627
2.2. El pago en demasía ..... 627
2.3. El pago de una deuda sujeta a condición aún pendiente ..... 627
2.4. El pago de una deuda sujeta a plazo suspensivo ..... 628
2.5. El pago con prestación distinta a la debida ..... 628
2.6. El pago sin causa ..... 629
2.7. Otros supuestos de pago indebido ..... 629
3. Requisitos del pago indebido ..... 630
3.1. El pago no debe ser debido ..... 630
3.2. El pago debe haberse efectuado por error ..... 630
4. Pago indebido recibido de buena fe ..... 631
4.1. Inutilizado el título ..... 633
4.2. Limitado las garantías de su derecho ..... 634
4.3. Cancelado las garantías de su derecho ..... 635
4.4. Dejado prescribir la acción contra el verdadero deudor ..... 635
5. Pago indebido recibido de mala fe ..... 637
5.1. Consecuencias ..... 638
5.1.1. Intereses legales ..... 639
5.1.2. Frutos naturales e industriales ..... 639
5.1.3. Daños y perjuicios ..... 639
5.1.4. Pérdida o deterioro del bien ..... 640
6. Enajenación del bien recibido como pago indebido de mala fe ..... 640
6.1. Primer supuesto ..... 642
6.2. Segundo supuesto ..... 642
6.3. Tercer supuesto ..... 643

6.4. Cuarto supuesto ..... 643
7. Restitución de intereses o frutos por pago indebido recibido de buena fe ..... 645
8. Supuestos de enajenación del bien por quien acepta un pago indebido de buena fe ..... 648
8.1. Primer supuesto ..... 648
8.2. Segundo supuesto ..... 649
8.3. Tercer supuesto ..... 649
8.4. Cuarto supuesto ..... 650
9. Carga de la prueba del pago indebido ..... 651
10. Prescripción de la acción por pago indebido ..... 653
11. Supuestos en los que el deudor no tiene acción de repetición ..... 656
11.1. Pago de una deuda prescrita ..... 657
11.2. Pago para cumplir deberes morales o de solidaridad social ..... 657
11.3. Pago para obtener un fin ilícito o inmoral ..... 658
12. Reglas de pago indebido para obligaciones de hacer y no hacer ..... 659

## TÍTULO III
## Novación

1. Consideraciones generales ..... 661
2. Concepto y requisitos ..... 666
2.1. Preexistencia de una obligación válida ..... 667
2.2. Creación de una nueva obligación ..... 667
2.3. *Animus novandi* o voluntad de novar ..... 668
3. Novación objetiva ..... 669
3.1. Novación objetiva por cambio de prestación ..... 669
3.2. Novación objetiva por cambio de título o causa fuente ..... 670
4. Actos que no constituyen novación ..... 672
4.1. La emisión de títulos valores ..... 672
4.2. La renovación de títulos valores ..... 673
4.3. La modificación de un plazo ..... 673
4.4. La modificación del lugar del pago ..... 674
4.5. Cualquier otro cambio accesorio ..... 675
4.5.1. Aumento en el monto de la prestación pactada ..... 675
4.5.2. Reducción del monto original de la prestación ..... 676

4.5.3. Variación de la moneda en que se pactó originalmente la deuda ..... 677
4.5.4. Cambio en la formalidad del acto celebrado ..... 679
4.5.5. Aumento, reducción o supresión de la tasa de interés ..... 680
4.5.6. Inclusión de un cargo a una obligación pura y simple o supresión del cargo originalmente estipulado en la obligación ..... 680
4.5.7. Adición o supresión de una cláusula penal ..... 680
4.5.8. Adición o supresión de las garantías ..... 681
4.5.9. La *litis contestatio* ..... 681
4.5.10. Variaciones en la obligación en virtud de una resolución judicial ..... 682
4.5.11. Sustitución del carácter civil de la obligación por uno comercial y viceversa ..... 682
4.5.12. Modificaciones en el modo de ejecución de la prestación ..... 682
4.5.13. Inclusión de una deuda en una cuenta corriente ..... 683
5. Novación subjetiva por cambio de acreedor ..... 683
6. Novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de delegación ..... 685
7. Novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de expromisión ..... 687
8. La novación mixta ..... 689
9. Intransmisibilidad de las garantías a la nueva obligación ..... 689
9.1. Novación objetiva con garantía real otorgada por el propio deudor ..... 690
9.2. Novación objetiva con garantía real otorgada por un tercero ..... 691
9.3. Novación objetiva con garantía personal otorgada por un tercero ..... 691
9.4. Novación subjetiva por cambio de acreedor con garantía real otorgada por el propio deudor ..... 691
9.5. Novación subjetiva por cambio de acreedor con garantía real otorgada por un tercero ..... 692
9.6. Novación subjetiva por cambio de acreedor con garantía personal otorgada por un tercero ..... 692
9.7. Novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de delegación, con garantía real otorgada por el propio deudor ..... 693
9.8. Novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de delegación, con garantía real otorgada por un tercero ..... 693

9.9. Novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de delegación, con garantía personal otorgada por un tercero ..... 693
9.10. Novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de expromisión, con garantía real otorgada por el propio deudor.... 693
9.11. Novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de expromisión, con garantía real otorgada por un tercero..... 694
9.12. Novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de expromisión, con garantía personal otorgada por un tercero ..... 694
10. Novación de obligación simple por otra con condición suspensiva ..... 695
10.1.Novación de una obligación pura por otra sujeta a condición suspensiva ..... 696
10.1.1.Cuando la condición suspensiva es ilícita ..... 697
10.1.2. Cuando la condición suspensiva es física o jurídicamente imposible ..... 697
10.1.3. Cuando la condición, a pesar de verificarse, no se considera cumplida..... 697
10.1.4. Cuando la condición es potestativa..... 697
10.1.5. Cuando la condición se cumple sólo en parte, salvo pacto en contrario..... 698
10.2. Novación de una obligación sujeta a condición suspensiva por otra pura y simple ..... 698
11. Novación de obligación con condición resolutoria..... 698
11.1. Novación de obligación pura por otra sujeta a condición resolutoria..... 699
11.2. Novación de obligación sujeta a condición resolutoria por otra pura y simple ..... 700
12. Novación de obligación nula o anulable ..... 700
13. Nulidad o anulación de la nueva obligación. Consecuencias ..... 703
14. Efectos ..... 704
14.1. Sobre la extinción de la obligación originaria y la creación de una nueva ..... 704
14.2. Sobre el destino de las garantías de la obligación novada..... 707
14.3. Sobre los accesorios de la obligación novada ..... 708
14.4. Sobre las obligaciones de saneamiento..... 708
14.5. Sobre la teoría del riesgo..... 709
14.6. Sobre el reconocimiento de las obligaciones..... 709

14.7. Sobre la cesión de derechos ..... 709
14.8. Sobre los efectos generales de las obligaciones ..... 710
14.9. Sobre el pago y sus diversas formas ..... 710
14.10. Sobre otros medios extintivos de obligaciones ..... 710
15. Novación legal ..... 711

## TÍTULO IV
## Compensación

1. Consideraciones generales ..... 715
2. Requisitos de la compensación unilateral ..... 716
2.1. Que las obligaciones sean recíprocas ..... 716
2.2. Que las obligaciones sean líquidas ..... 719
2.3. Que las obligaciones sean exigibles ..... 721
2.4. Que las prestaciones sean fungibles y homogéneas ..... 722
3. Compensación bilateral ..... 726
4. Prohibición de la compensación ..... 729
4.1. Se prohíbe la compensación en la restitución de bienes de los que el propietario haya sido despojado ..... 730
4.2. Se prohíbe la compensación en la restitución de bienes depositados o entregados en comodato ..... 733
4.3. Se prohíbe la compensación del crédito inembargable ..... 736
4.4. Se prohíbe la compensación entre particulares y el Estado, salvo en los casos permitidos por la ley ..... 737
5. Oponibilidad de la compensación por el garante ..... 738
6. Oponibilidad de la compensación al cedido ..... 742
7. Imputación legal de la compensación ..... 745
8. Intangibilidad de los derechos adquiridos por efecto de la compensación ..... 747
9. Renuncia a la compensación ..... 749
9.1 Renuncia expresa ..... 750
9.2 Renuncia tácita ..... 751

## TÍTULO V
## Condonación

1. Consideraciones generales ..... 755
2. Extinción de obligación por condonación ..... 756
3. Condonación de uno de los garantes. Efectos ..... 758
4. Condonación de deuda ..... 761
5. Condonación de la prenda. Presunciones ..... 763

## TÍTULO VI
## Consolidación

1. Consideraciones generales ..... 769
2. Consolidación total o parcial ..... 770
   2.1. Consolidación total ..... 770
   2.2. Consolidación parcial ..... 770
3. Origen de la consolidación ..... 771
   3.1. Consolidación por causa de muerte ..... 772
   3.2. Consolidación por acto entre vivos ..... 772
4. Supuesto de cese de la consolidación. Efectos ..... 773
5. Consolidación y garantía ..... 774
6. Efectos de la consolidación en las obligaciones indivisibles y en las obligaciones solidarias ..... 775
7. Consolidación y separación de patrimonios ..... 777
8. La consolidación en obligaciones de dar (que no consistan en dinero), en las obligaciones de hacer y en las obligaciones de no hacer ..... 777

## TÍTULO VII
## Transacción

1. Concepto ..... 779
2. Características ..... 780
   2.1. Asunto dudoso o litigioso ..... 781
   2.2. Concesiones recíprocas ..... 783
   2.3. Acto formal ..... 784
   2.4. Supuesto valor de cosa juzgada ..... 785
   2.5. La transacción como un acto complejo ..... 786

2.6. Capacidad para transigir ..... 788
3. La supuesta necesidad de que la transacción contenga renuncia expresa de cualquier acción futura ..... 788
4. Forma de la transacción ..... 790
5. Derechos sobre los que se puede transigir ..... 791
6. Transacción sobre responsabilidad civil proveniente de delito ..... 793
7. Transacción efectuada por representantes legales de ausentes o incapaces ..... 793
8. Transacción sobre nulidad o anulabilidad. Efectos ..... 795
9. Supuestos en los cuales la cuestión sobre la que se transige es, precisamente, la nulidad o anulabilidad del acto ..... 797
10. Indivisibilidad de la transacción. Efectos ..... 799
11. Solución de controversias a través de la suerte. Aplicación a este supuesto de las normas de transacción ..... 800
12. Maneras de ejecutar la transacción judicial y extrajudicial ..... 801

## TÍTULO VIII
## Mutuo disenso

1. Concepto ..... 803
2. Ámbito de aplicación del mutuo disenso dentro de los actos jurídicos 805
3. La formalidad del mutuo disenso ..... 809
4. Carácter irretroactivo del mutuo disenso ..... 810
5. La ineficacia del mutuo disenso cuando perjudica el derecho de tercero . 811

## TÍTULO IX
## Inejecución de obligaciones

### Capítulo Primero: Disposiciones generales

1. Consideraciones generales ..... 815
2. Supuestos en los cuales se produce la fractura de la relación causal .... 817
2.1. Incumplimiento del deudor a pesar de haber empleado la diligencia ordinaria requerida por las circunstancias ..... 818
2.2. Caso fortuito o fuerza mayor ..... 826
2.2.1. Que el acontecimiento sea extraordinario ..... 828
2.2.2. Que el acontecimiento sea imprevisible ..... 829

2.2.3. Que el acontecimiento sea irresistible ..... 830
2.2.4. Que el acontecimiento constituya un obstáculo insuperable para el cumplimiento de la obligación ..... 831
2.2.5. Que el acontecimiento sea actual ..... 832
2.2.6. Que el acontecimiento sea sobreviniente ..... 832
2.2.7. Que el acontecimiento sea un hecho extraño a la voluntad del deudor ..... 833
3. Consecuencias del incumplimiento o del cumplimiento parcial, tardío o defectuoso por causa no imputable ..... 834
4. Supuestos en los que la causa es imputable al deudor ..... 438
4.1. El dolo ..... 839
4.2. La culpa ..... 847
4.2.1. La culpa inexcusable ..... 850
4.2.2. La culpa leve ..... 852
5. La relación de causalidad en la responsabilidad civil ..... 853
5.1. Teoría de la relación causal ..... 855
5.1.1. Teoría de la equivalencia de las condiciones *o conditio sine qua non* ..... 855
5.1.2. Teoría individualizadora: Teoría de la causa próxima ..... 857
5.1.3. Teoría de la causa eficiente y de la causa preponderante ..... 859
5.1.4. Teoría de la causalidad adecuada ..... 860
5.2. Clasificación de las consecuencias dañosas ..... 862
5.2.1. Consecuencias inmediatas ..... 862
5.2.2. Consecuencias mediatas ..... 863
5.2.3. Consecuencias causales ..... 864
5.3. Tratamiento de las consecuencias dañosas en el Código Civil Peruano de 1984 ..... 865
6. Indemnización por daño moral ..... 869
7. Incumplimiento de pago de cuotas periódicas ..... 878
8. Inejecución de obligaciones dinerarias ..... 882
9. Responsabilidad en obligaciones ejecutadas por tercero ..... 884
10. Reducción y liberación del resarcimiento por hecho u omisión del acreedor ..... 886
11. Nulidad del pacto de exoneración o limitación de responsabilidad ..... 887
12. Presunción de incumplimiento por culpa leve ..... 889
13. Prueba de los daños y perjuicios ..... 891
13.1. Regla general ..... 892

13.2. Supuesto en el cual el daño no se probara en su monto preciso... 893
13.3. Valoración y prueba para la reparación del daño moral..... 897
13.3.1. Determinación de la cuantía en atención al daño patrimonial. 897
13.3.2. Determinación de la cuantía con base en la gravedad de la falta..... 898
13.3.3. Criterio subjetivo para determinar la cuantía del daño moral.. 898
13.3.4. El criterio de los «placeres compensatorios»..... 899
13.3.5. El criterio de la prudencia judicial..... 900
13.3.6. Nuestra opinión..... 900

**Capítulo Segundo: Mora**

1. Consideraciones generales..... 903
2. El régimen legal de la mora en el Perú..... 908
3. Elementos de la mora..... 910
3.1. El retraso..... 910
3.2. La existencia de una obligación exigible..... 910
3.3. Que el incumplimiento se deba a causa imputable..... 910
3.4. Que el deudor no satisfaga la expectativa del acreedor..... 911
3.5. Que el acreedor rehúse las ofertas reales que se le formulan..... 911
3.6. Que la situación de mora subsista mientras la prestación sea posible.... 912
3.7. Que la ejecución de la prestación todavía resulte útil para el acreedor.. 913
4. Mora e incumplimiento absoluto..... 913
5. La constitución en mora: elemento formal de la situación de mora del deudor..... 914
5.1. Mora automática cuando la ley o el pacto lo declaren expresamente. 920
5.1.1. Mora legal..... 921
5.1.2. Mora convencional..... 921
5.2. Mora automática derivada de la naturaleza y circunstancias de la obligación..... 922
5.3. Mora automática derivada de la manifestación negativa del deudor para cumplir con su obligación..... 924
5.4. Mora automática cuando la intimación no fuese posible por causa imputable al deudor..... 924
5.5. Mora objetiva y su relación con la mora automática..... 925
6. Mora en las obligaciones de dar sumas de dinero..... 926
7. Mora en obligaciones recíprocas..... 926

8. Responsabilidad del deudor por mora ..... 928
9. Mora del acreedor ..... 931
9.1. Constitución en mora del acreedor ..... 932
9.2. Consecuencias de la mora del acreedor: indemnización y asunción del riesgo ..... 933
9.2.1. Indemnización de los daños que la mora cause al deudor .... 934
9.2.2. Asunción del riesgo por la imposibilidad de cumplimiento . 935

**Capítulo Tercero: Obligaciones con cláusula penal**

1. Consideraciones generales ..... 937
2. Funcionalidad de la cláusula penal ..... 938
3. Exigibilidad de la cláusula penal ..... 944
3.1. Incumplimiento total o cumplimiento parcial, defectuoso, fuera de tiempo o de lugar de la obligación principal ..... 944
3.2. Constitución en mora del deudor ..... 945
3.3. Que el incumplimiento sea imputable al deudor ..... 947
4. Momento de estipulación de la cláusula penal ..... 950
5. Accesoriedad de la cláusula penal ..... 951
6. Reducción de la cláusula penal ..... 960
7. Efectos de la cláusula penal ..... 979
8. Efectos de la cláusula penal en las obligaciones con sujetos plurales ... 983
8.1. Divisibilidad e indivisibilidad de la obligación de la cláusula penal .. 985
8.1.1. Pluralidad de deudores ..... 985
8.1.2. Pluralidad de acreedores ..... 987
8.1.3. Pluralidad de deudores y de acreedores ..... 989
8.2. Mancomunidad y solidaridad en la cláusula penal ..... 991
8.2.1. Pluralidad de deudores ..... 991
8.2.2. Pluralidad de acreedores ..... 992
8.2.3. Pluralidad de deudores y de acreedores ..... 994
9. Derechos de los codeudores no culpables del incumplimiento ..... 995

**Bibliografía consultada** ..... 997

# INTRODUCCIÓN

En el mes de noviembre de 1994, justamente cuando se cumplían diez años de vigencia del Código Civil Peruano, publicamos los cuatro primeros tomos de nuestro Tratado de las Obligaciones, obra que terminamos de escribir y publicar en noviembre del año 2003, que consta de dieciséis tomos y que apareció con el sello del Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, *alma mater* de los autores.

Nuestro Tratado representó un esfuerzo considerable de once años de trabajo y nos encontramos muy satisfechos por la difusión que el mismo ha tenido a lo largo y ancho del territorio de la República, e incluso más allá de las fronteras de nuestro país.

Sin embargo, dicha obra, dadas sus dimensiones y características, no es de fácil consulta. Como es obvio, resulta difícil que un lector pueda acceder, de ordinario, a los dieciséis tomos.

Esta razón y la necesidad de actualizar los conceptos vertidos en nuestra obra anterior, constituyen los motivos que nos llevaron a tomar la decisión, a principios del año 2007, de escribir un libro que recogiera lo esencial de las doctrinas contenidas en nuestro Tratado, debidamente actualizadas hasta la fecha de publicación de esta obra.

Pero este trabajo es mucho más que un compendio de nuestro Tratado, pues en él hemos tenido la oportunidad

de desarrollar nuevos conceptos y de efectuar algunas precisiones con respecto a aquellos temas en los cuales hemos variado de opinión, en base a la experiencia profesional y académica.

En suma, el objetivo esencial de esta obra es transmitir los conocimientos fundamentales del Derecho de Obligaciones, tal como hoy los percibimos, a todo el medio jurídico.

Antes de concluir estas palabras, queremos agradecer la muy valiosa colaboración brindada por nuestra exalumna, actual abogada y catedrática universitaria, la doctora Verónica Rosas Berastain, quien ya participó con nosotros en la última parte de nuestro Tratado de las Obligaciones.

Finalmente, nuestra gratitud a Palestra Editores, en la persona de su Director Gerente, el doctor Pedro Grández Castro, por el apoyo brindado para la publicación de esta obra.

Lima, octubre del 2008.

FELIPE OSTERLING PARODI
MARIO CASTILLO FREYRE

# TEORÍA GENERAL
# DE LAS OBLIGACIONES

## 1. NOTA PRELIMINAR

El Código Civil de 1984, cuyo Proyecto, en la parte relativa al Derecho de Obligaciones, fue redactado por el coautor de este trabajo, Felipe Osterling Parodi, tiene estructura similar, en cuanto a su organización, a la del Código anterior de 1936. Se consideró, sin embargo, que el Derecho de Obligaciones, a diferencia de lo que ocurría con el Código de 1936, debía identificarse en un Libro separado de las normas sobre el Acto Jurídico, la Responsabilidad Extracontractual, la Prescripción y la Caducidad, y los Contratos.

En efecto, el Código anterior agrupaba en el Libro Quinto, sobre Derecho de Obligaciones, materias vinculadas pero distintas. En la Sección Primera, regía los Actos Jurídicos y, además, los Actos Ilícitos y la Prescripción Extintiva. Luego, en la Sección Segunda, se refería a las Obligaciones y sus Modalidades y, en la Sección Tercera, a los efectos de las Obligaciones. Y, finalmente, en las Secciones Cuarta y Quinta, trataba de la Parte General de los Contratos y de los Contratos Nominados, respectivamente.

Hoy, el Acto Jurídico tiene su propio Libro, el Libro II. La generalidad de sus preceptos determinó que la Comisión de Reforma del Código de 1936 ubicara la materia inmediatamente después del Libro I, sobre el Derecho de las Personas.

Las normas sobre Obligaciones se encuentran en el Libro VI, también debido a su generalidad, como sucede con el Acto Jurídico,

generalidad que no corresponde necesariamente a otras ramas del Derecho Civil que se agotan en su propio ámbito.

Luego, en el Libro VII, bajo la denominación de Fuentes de las Obligaciones, se incorporan las reglas sobre los Contratos en General, los Contratos Nominados, la Gestión de Negocios, el Enriquecimiento sin Causa, la Promesa Unilateral y la Responsabilidad Extracontractual, materia —esta última— tratada con el nombre de Acto Ilícito por el Código Civil de 1936.

Y, por último, el Libro VIII regula la Prescripción y la Caducidad. Valga aclarar que en el Código anterior los preceptos sobre prescripción —nos referimos desde luego a la prescripción extintiva— se encontraban ubicados en la parte final de los Actos Jurídicos, a continuación de las normas sobre el Acto Ilícito, y que ese Código no contenía reglas organizadas sobre el importante tema de la caducidad.

En consecuencia, el Código Civil Peruano de 1936 —cuyas bondades en la materia eran relevantes— constituye antecedente inmediato del Libro VI del Código Civil de 1984, dedicado al Derecho de Obligaciones.

Los preceptos de aquel cuerpo legislativo se inspiraron básicamente en las normas del Código Civil Peruano de 1852 y en su fuente más importante, el Código Napoléon, así como en los Códigos Civiles Español y Argentino, en el Código Alemán de 1900, en los Códigos Suizo y Brasileño de 1916, y en el Proyecto Franco-Italiano de Código de las Obligaciones y Contratos.

Para la redacción del Código Civil de 1984 fueron tomadas en cuenta, además de los Códigos y Proyecto citados, las normas de numerosos Códigos Civiles, Proyectos y Anteproyectos, posteriores al Código Civil de 1936.

El Libro VI, en suma, no destruye el rico pasado jurídico del Perú, ni disuelve o modifica de modo sustancial sus instituciones; trata, simplemente, de perfeccionar el Código Civil de 1936 y de enriquecerlo con la experiencia de los cuarenta y ocho años que transcurrieron desde que entró en vigor. A ello obedecen los cambios e innovaciones que en él se incorporan.

Hemos mencionado la generalidad del Derecho de Obligaciones. Las personas naturales y jurídicas generan y extinguen obligaciones de

manera permanente. Resulta usual que ello pase inadvertido, porque tales obligaciones sobreviven, en los actos propios de la vida cotidiana, tan sólo un momento, y sus consecuencias suelen ser irrelevantes. Nos referimos, por ejemplo, a la adquisición de bienes para el consumo doméstico o al transporte en vehículos públicos. Sin embargo, si en alguna ocasión adquirir bienes para el consumo doméstico o usar un vehículo público perjudicara la salud o afectara la integridad física, entonces la relación obligacional podría adquirir singular trascendencia al entrar en juego todos los mecanismos de la responsabilidad.

La contratación mayor es diferente. Un sofisticado contrato de enajenación o determinadas obligaciones de hacer o de no hacer pueden revestir trascendencia tan significativa que determine la aplicación de diversas instituciones del Derecho de Obligaciones.

El Derecho de Obligaciones, por otra parte, se aplica a todas las ramas del Derecho Civil, llámese Derecho de Personas, Derecho de Familia, Derecho de Sucesiones o Derechos Reales, aunque sus preceptos, desde luego, están estrechamente vinculados a las denominadas Fuentes de las Obligaciones.

Pero el Derecho de Obligaciones no se agota dentro del propio Derecho Civil. Es mucho más amplio y se aplica, en rigor, a las demás ramas del Derecho, trátese del Derecho Tributario, Derecho de Trabajo o Derecho Mercantil.

Este carácter general y la singular importancia de la teoría de las obligaciones han inducido a algunos autores a decidir que ellas deben integrarse en la parte general del Derecho Civil.

Quien con más énfasis adopta esta tesis es Marcel Planiol, en el prefacio del Tomo II de su Tratado Elemental de Derecho Civil,[1] cuando expresa que «Si se quisiera organizar para el Derecho civil un método de enseñanza apropiado a este género de estudios, debería analizarse en primer lugar la teoría general de las obligaciones; cuando el estudiante sepa lo que es un acreedor y un deudor, cómo se es acreedor y deudor y cómo se deja de serlo, podrá comprender inmediatamente y

---

[1] Citado por: BONNECASE, Julien. *Elementos de Derecho Civil, Derecho de Obligaciones*. Traducción de José M. Cajica Jr. Puebla: Biblioteca Jurídico-Sociológica, 1945, tomo II, p. 25.

sin esfuerzo las teorías e ideas que no asimila actualmente sino en forma muy imperfecta y con dificultad. La experiencia es fácil de hacer; tómese una después de otra, las materias que en el Código Napoléon preceden a las obligaciones, como el estado civil, el matrimonio, la tutela, etc. En cada página, en cada línea, tan pronto como se trata de comentarlas, nos encontramos con las palabras validez, nulidad, obligación, crédito, capacidad, prueba, autenticidad, condición, término, etc., es decir, con numerosas nociones generales que pertenecen a la teoría de las obligaciones. Nos vemos pues en la necesidad, para explicar estas materias, de recurrir a la teoría de las obligaciones. Este hecho es aún más evidente si se pasa a las sucesiones o donaciones, donde se trata del conjunto de los derechos patrimoniales y que están más estrictamente dominados por las nociones que dependen de la teoría de las obligaciones. Por tanto, en la parte que el Código consagra a las obligaciones se encuentran todos los textos que tienen el valor de principios generales del Derecho, los cuales deben conocerse para comprender los demás».

El propio Julien Bonnecase,[2] citando a René Demogue, expresa que «La ley general de las obligaciones y contratos es la ley esencial y fundamental de la legislación civil. Es la ley de todos, de todos los actos y de todos los instantes. Las otras partes del Derecho, vivificadas y fecundadas por ella, conducen a la misma o de ella se derivan; constantemente es su punto de partida y su fin. En ellas se resumen los elementos de la sociabilidad humana; en los contratos encontraremos la libertad moral del hombre; en las obligaciones que resultan de la ley, la igualdad de los deberes sociales; en las obligaciones, la propiedad; en la transmisión de las obligaciones y de los derechos, la herencia y la familia».

En nuestra opinión, la teoría de las obligaciones está bien ubicada en el Código Civil de 1984. Lo esencial era que la materia se integrara en un Libro especial, a fin de presentar sistemáticamente reunidas y ordenadas las reglas referentes a las modalidades y efectos de las obligaciones. Este es el método que ha prevalecido en los Códigos modernos y éste es el sistema del Código actual.

Conviene aquí recordar que lo expuesto no constituye, en modo alguno, una crítica al Código Civil de 1936. Este Código, como hemos

---

2 BONNECASE, Julien. *Op. cit.*, p. 35.

expresado, agrupó ordenadamente las normas sobre las Obligaciones, a diferencia de su antecedente, el Código Civil Peruano de 1852, que si bien organizó de modo sistemático lo relativo a la extinción de las obligaciones, no hizo lo mismo con sus modalidades, cuyas reglas se confundieron con preceptos relativos a los Contratos. Y esta confusión era criticable por la razón señalada, ya que si bien el Derecho de Obligaciones se aplica principalmente a los Contratos, que constituyen su fuente más fecunda, también se aplica a las demás materias del Derecho Civil y, en general, a las otras ramas del Derecho.

Deseamos aquí referirnos a dos temas vinculados al Derecho de Obligaciones que, en nuestra opinión, tienen importancia singular. El primero, la influencia del Derecho Romano en esta materia. Y el segundo, la evolución del contrato, el gran generador de obligaciones, su causa eficiente más generosa.

El Derecho Romano conserva influencia considerable en el Derecho de Obligaciones. Ello se explica, según Raymundo M. Salvat,[3] por dos razones. La primera, porque las obligaciones y contratos constituyen la parte más abstracta de las instituciones civiles, aquélla cuyos caracteres difieren menos de un pueblo a otro; mientras que otras materias de Derecho Civil, como la organización de la familia, los regímenes hereditarios o la propiedad tienen en cada país características y modalidades propias. Y la segunda, porque los jurisconsultos romanos, al elaborar la teoría de las obligaciones, alcanzaron un alto grado de sabiduría y de perfección.

El tema, sin embargo, se ha prestado a controversias. Algunos autores sostienen que evidentemente existe considerable influencia del Derecho Romano, en materia de obligaciones, pero que algunas instituciones han cambiado en forma sustancial.

Así, Marcel Planiol y Georges Ripert[4] afirman que «se ha repetido hasta la saciedad que las obligaciones representan la parte inmutable

---

3 SALVAT, Raymundo M. *Tratado de Derecho Civil Argentino, Obligaciones en General.* Edición actualizada con textos de doctrina, legislación y jurisprudencia por Enrique V. Galli. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1952, tomo I, p. 8.

4 PLANIOL, Marcel y Georges RIPERT. *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, Las Obligaciones.* Traducción española de Mario Díaz Cruz del Colegio de Abogados de la Habana, Cuba. La Habana: Cultural, 1945, Primera Parte, tomo VI, p. 9.

del derecho. Se estima que sus reglas principales son verdades universales y eternas. Esto es una ilusión. Es indudable que esta materia está menos sujeta que las demás a los efectos de las revoluciones políticas; pero no escapa totalmente a ellas aun cuando sus transformaciones sean más lentas.

Los tratadistas franceses modernos han errado al sostener tal idea, debido a que desde el siglo XVI al siglo XVIII la teoría de las obligaciones ha sido reconstruida, utilizándose materiales romanos, por Dumoulin, D'Argentre, Domat y Pothier. Gracias a esta obra de restauración, el Derecho les pareció evidenciar una continuidad que, sin embargo, resulta históricamente falsa; durante toda la Edad Media, la parte de Francia en que reinaba el Derecho consuetudinario, practicó, en materia de contratos y obligaciones, un sistema original, de fuente germánica, del cual pudiéramos decir que desplazó al antiguo Derecho romano. Aun en nuestros días, después de restauradas las tradiciones romanas, el sistema del Código Napoléon guarda solamente un remoto parecido con las obligaciones y los contratos, tales como aparecían regulados en las Instituciones de Gayo y de Justiniano; además, desde 1804 se ha producido un nuevo movimiento avivado por la publicación del Código Alemán.

En realidad, la teoría de las obligaciones no es más que la traducción jurídica de las relaciones económicas y morales entre los hombres. Por tanto, es forzoso que ha de sufrir las consecuencias de la evolución de esas relaciones.

En primer lugar notamos una marcada influencia de las ideas morales. Si bien la técnica de la obligación conserva mucho del Derecho romano, no hay que olvidar la obra de los canonistas en la formación de la teoría de los contratos. Actualmente, en muchas cuestiones ardientemente discutidas, notamos la influencia de la regla moral esforzándose por ser reconocida como regla jurídica.

Por otra parte, la transformación económica del siglo pasado (los autores citados se refieren al siglo XIX) ha hecho surgir nuevas concepciones jurídicas o ha modificado las concepciones tradicionales; nótese, por ejemplo, la creciente práctica del seguro, vigorizando la estipulación en favor del tercero; los riesgos inherentes a la gran industria transformando la teoría de la responsabilidad civil; las agrupaciones corporativas resucitando la asociación profesional y creando el contrato colectivo».

Lerminier[5] señala que «En las Pandectas el desarrollo de la teoría de las obligaciones es dialéctico y filosófico. La doctrina se ha confundido con las singularidades de la historia y nos ha legado una mezcla de detalles indigestos, de principios siempre verdaderos, de sutilezas infinitas que aún nos embarazan. Pothier, en su excelente *Traité des Obligations*, estableció un método, pero no la reforma de esta herencia histórica. Los redactores del Código Civil delinearon las explicaciones de Pothier, pero no trataron esta materia con independencia filosófica, única capaz de aclararla. Así, respetaron todas esas galimatías obtusas de las obligaciones divisibles e indivisibles, dejando que la ley degenere, bajo su influencia, en una doctrina prolija y escolástica».

No entendemos, con toda franqueza, los comentarios de Lerminier, cuando se refiere a que el tratamiento de las obligaciones divisibles e indivisibles ha estado plagado de galimatías obtusas. La divisibilidad o indivisibilidad de la prestación es una circunstancia jurídica ineludible en la relación obligacional cuando existe pluralidad de sujetos, es decir de acreedores o de deudores. Sus consecuencias jurídicas son muy claras.

Es verdad que si nos remontamos al Derecho antiguo, donde se confundía la división física o material con la división intelectual, podríamos ingresar al terreno de las galimatías, porque todo lo intelectual es divisible. Se trataba de una confusión entre la prestación y el derecho anexo. La prestación, que constituye el objeto de la obligación, es divisible o indivisible, según sus características materiales o naturales. El derecho anexo, que discurre en la órbita de los Derechos Reales, es siempre divisible, dada su nota intelectual.

Hoy día, con semillas que dieron algunos frutos en el Derecho Romano, estamos hablando de la naturaleza de la prestación y de la posibilidad de que ella pueda cumplirse por partes o únicamente en forma íntegra. Y, desde esta óptica, tal teoría prevalece en todas las legislaciones modernas, cada vez con mayor claridad y asentamiento jurídico.

Nosotros más bien nos adherimos a las tesis de otros tratadistas, quienes ponen el acento en una marcada influencia del Derecho Romano en las instituciones modernas del Derecho de Obligaciones.

---

5 LERMINIER. *Philosophie du Droit*, tomo I, 1891. Citado por BONNECASE, Julien. *Op. cit.*, tomo II, p. 28.

Citemos, siguiendo con Julien Bonnecase,[6] a Glasson y a Bélime.

Glasson, en su obra *Eléments du droit français consideré dans ses rapports avec le Droit naturel et l'economie politique*, 1884, tomo I, página 537, expresa que «las obligaciones constituyen una de las más importantes partes del derecho privado; se producen entre los hombres todos los días y a cada instante; la vida social depende de ellas. Nuestras necesidades son tan numerosas, y tan limitadas nuestras fuerzas, que sin cesar nos vemos obligados a recurrir unos a otros. Las convenciones que se forman entre los hombres pueden variar hasta el infinito, pero, en Derecho, se reducen todas a determinado número de reglas precisas. También son de derecho natural estos principios fundamentales que rigen las relaciones de los hombres; se encuentran inscritos en la razón y en el corazón de todos los hombres. Para el Derecho Romano será una gloria eterna haber sido el primero que consagró en un conjunto, estos principios inmutables que rigen las obligaciones. La familia romana, diversas partes de la propiedad romana, la sucesión romana, se basan en fundamentos artificiales; han desaparecido y en la actualidad solamente ofrecen al sabio un interés histórico. En cambio, el Derecho Romano de las obligaciones continúa en pie; vive aún y ha pasado a nuestras leyes y a las de todas las naciones civilizadas».

Bélime, por su parte, en su obra *Philosophie du Droit ou cours d'introduction a l'étude du Droit*, 1848, tomo II, página 394, expresa que «Las obligaciones y, sobre todo, las obligaciones contractuales, constituyen la parte del Derecho a la que se aplican, con más libertad, los principios de la razón pura. Por ello, mientras el estado de las personas se ha desarrollado gradualmente, mientras las leyes de la propiedad han variado según las ideas religiosas y políticas, llegando a ser objeto de teorías innovadoras, las reglas de los contratos han permanecido como columnas inquebrantables de la jurisprudencia a cuyo derredor se unen todos los principios, todos los intereses».

El propio Saleilles, también citado por Bonnecase,[7] explica, refiriéndose al primer Proyecto del Código Civil Alemán, que «en toda obra legislativa, las obligaciones constituyen una parte que casi en su totalidad

---

6 BONNECASE, Julien. *Op. cit.*, tomo II, pp. 27 y 28.

7 BONNECASE, Julien. *Op. cit.*, tomo II, p. 28.

es teórica y abstracta; en efecto, se trata de precisar, principalmente por lo menos, las diferentes formas en que puede manifestarse la voluntad en el dominio de las convenciones humanas, y estudiar los efectos que puede producir; por tanto, parece que para describirlas basta ser lógico y razonar justamente. Es esto lo que hace que sea una obra racional, y por consiguiente una obra científica más acentuada que cualquier otra; pero esto se debe también a que de todas las instituciones del derecho privado, sea la única que tienda más a la uniformidad; casi en todas partes la voluntad humana produce los mismos efectos, y las mismas necesidades jurídicas suscitan análogas o idénticas convenciones. La materia de las obligaciones se separa más y más del formalismo primitivo, y de las cuestiones de influencia local, tendiendo a presentarse en las legislaciones modernas, como la expresión ideal de la lógica jurídica, en armonía con el principio superior del respeto absoluto de la libertad de las convenciones».

Y Saleilles agrega que «la principal fuente de inspiración del proyecto fue, por lo menos en esta materia, el Derecho romano. No debemos asombrarnos por ello: en virtud de su carácter especulativo, la materia de las obligaciones constituye la obra maestra de la legislación romana; todas las legislaciones posteriores han obtenido de ella sus principios elementales sobre las obligaciones; el antiguo Derecho francés, sobre este punto, se basaba en las Pandectas: Pothier formuló el más claro resumen que pueda hacerse de esta materia, y de hecho, el Código Civil, en la parte relativa a las obligaciones, se basa en el Tratado de Pothier. Con mayor razón debió ser lo mismo en Alemania, donde el Derecho de las Pandectas continúa siendo, con el nombre de Derecho común, la legislación supletoria del país. Los grandes principios de la legislación romana se encuentran reproducidos en el proyecto, en lo que contiene de profundamente racional y de esencialmente jurídico».

Demogue, en expresiones extraídas de la misma obra de Bonnecase,[8] afirma que el Derecho de las obligaciones tiene una «evolución lenta» y, además, se presenta con una tendencia a la uniformidad en los diversos países civilizados. Esta generalidad —agrega Demogue— se debe a la circunstancia de que considera situaciones en extremo diver-

---

[8] BONNECASE, Julien. *Op. cit.*, tomo II, p. 30.

sas, de manera que se eleva, naturalmente, de los casos concretos hacia nociones sistemáticas, hacia los conceptos, y no surge, como creía Saleilles, de la voluntad, entonces en retroceso; en estas esferas elevadas, menos accesibles a determinar particularidades de tiempo o de lugar, el Derecho de las obligaciones solamente puede transformarse a la larga en virtud de los repetidos esfuerzos de las grandes corrientes sociales y dentro de los límites impuestos por la razón; es decir, pueden hacerse ciertas adaptaciones necesarias a los fines perseguidos por los hombres que viven en sociedad, independientemente de un colectivismo que hasta hoy ha sido utópico.

Mucho antes que Demogue, añade Bonnecase,[9] un representante de la Escuela de la Exégesis que ha sido considerado como uno de los más fieles adalides de esta Escuela, François Laurent, había protestado contra la idea expuesta por los redactores del Código Civil de que el Derecho actual de las obligaciones debe ser considerado como el reflejo exacto del Derecho Romano, siendo éste la perfección misma. Decía Laurent que «por poco que se reflexione sobre la naturaleza del Derecho, fácil es convencerse de que nuestra legislación no es ya la de Justiniano. El Derecho es una fase de la vida, y la vida nunca se estaciona; si se detuviera un instante, cedería su lugar a la muerte. Si la vida es progresista, también lo es el Derecho. Por tanto, es imposible que el Derecho del siglo XIX sea aún el de las XII Tablas. La sociedad romana ha cambiado totalmente por el cristianismo y la invasión de las razas germanas; una nueva civilización se ha producido, en la que el comercio y la industria sustituyen al elemento guerrero que dominaba en Roma. Como consecuencia de estas inmensas revoluciones, han cambiado los sentimientos, las ideas y las necesidades de los hombres; y se pretende que el Derecho que los rija haya permanecido siendo el mismo... Los primeros principios que se enseñan a los futuros jurisconsultos son los del Derecho romano; el Digesto ocupa y ocupará siempre un lugar de honor en la Escuela. Si en la Barra y en la Sala de consejo cada día se consulta menos, débase esto a una razón muy sencilla; el Derecho es la expresión de la vida, y ésta se separa más y más del estado social de los romanos».

---

[9] BONNECASE, Julien. *Op. cit.*, tomo II, p. 30.

Afirma Bonnecase[10] que «verdaderamente podría creerse que Laurent pertenece a la Escuela científica. Tanto más cuanto que posteriormente concede importancia a la tradición, reconocida por él en Domat y Pothier, quienes supieron, teniendo en consideración su época, inspirarse en el Derecho Romano». Laurent declara que la verdadera tradición está representada por estos dos juristas, explicando las diferencias que los separan de los juristas romanos.

«Pothier y Domat —dice Laurent— no son ya lógicos romanos, como Ulpiano y Paulo, sino ministros de equidad; bajo su pluma se transforma el Derecho Romano, cediendo el derecho estricto su lugar al equitativo». Laurent continúa expresando «que los autores del Código innovaron lo establecido por Pothier». Desde esta óptica, afirma Bonnecase, se vuelve entonces al principio exegético. «El intérprete del Código está dominado por una ley positiva y por los principios que se derivan de ella. Ya no es un ministro de equidad, salvo cuando la ley es muda. Si la ley es expresa, está encadenado al texto, y ninguna consideración de equidad puede escuchar». Bonnecase concluye afirmando que Laurent no llega a comprender en esto la esencia del Derecho de las Obligaciones, especialmente la teoría general de la obligación.

Al margen de las interpretaciones coincidentes o contradictorias que hemos citado, es evidente que el Derecho Romano ha repercutido vivamente en el moderno Derecho de Obligaciones.

Las erróneas interpretaciones surgen de confundir el Derecho de Obligaciones con el contrato que, como hemos expresado, es sólo su causa eficiente más rica. Para comprender claramente el tema, debe desvincularse, efectuando un mero ejercicio intelectual, la obligación, como concepto instrumental y abstracto, de una de sus fuentes, el contrato. Todo esto obedece a la técnica en el Derecho de Obligaciones, cuya manifestación, al menos en forma relativa, es inmutable. Con esto no desconocemos su carácter científico, pero la técnica, que pertenece a la Escuela de la Exégesis, es predominante.

Sin duda que el contrato ha evolucionado considerablemente desde la época de los romanos hasta nuestros días. Ello obedece a la interrelación entre los seres humanos, quienes generan permanentemente

---

10 BONNECASE, Julien. *Op. cit.*, tomo II, p. 31.

nuevas formas contractuales. Pero el contrato es sólo una fuente de las obligaciones. Con esto no queremos decir que el Derecho de Obligaciones, tal como fue concebido en Roma, haya permanecido inmutable hasta nuestros días. Es verdad que él se ha ido perfeccionando. Es cierto que se han generado, a través de los siglos, nuevas formas obligacionales. Es un hecho innegable que los canonistas de la Edad Media impregnaron al Derecho de Obligaciones de principios morales y éticos que hoy se encuentran, sin duda, en boga. Pero estos principios morales y éticos se manifiestan, más que en las obligaciones generadas por la autonomía de la voluntad, en aquellas otras surgidas de la ley.

Al revisar los textos romanos, es fácilmente comprobable que ellos se inician con la clasificación tradicional de las obligaciones en cuanto a su naturaleza —de *dare, facere* y *non facere* —, para desarrollar, a partir de allí, con mayor o menor perfección, las otras tres grandes categorías de las obligaciones en cuanto a sus modalidades, las mismas que subsisten de modo universal: conjuntivas, alternativas y facultativas; divisibles e indivisibles; y mancomunadas y solidarias.

Otro tanto habría que decir de la forma de extinción de las obligaciones. Para no referirnos al pago, tratado con relativa pulcritud por las Instituciones de Justiniano, abarquemos otros casos en que el Derecho Romano prevalece.

¿Acaso los romanos no conocieron la novación y sus modalidades? En Roma nos enseñaron la novación objetiva y la novación subjetiva; esta última por cambio de acreedor y de deudor; y la propia novación subjetiva por cambio de deudor en sus dos formas de *delegatio* y *expromissio*.

¿Acaso Justiniano, en las Instituciones, no se refirió a la compensación *ipso iure*? Y aquí debemos mencionar un grave error de interpretación asimilado por el Código Francés, cuando decide la compensación automática, por el solo efecto de la ley, desde el momento en que coexisten ambas deudas. En este mismo error incurrieron todos los Códigos del siglo XIX que se inspiraron en el Código Napoléon, sin que fuera ajeno a ello el Código Civil Peruano de 1852 (artículo 2253). Es el Código Alemán de 1900 el que tiende una tabla de salvación para reparar tan gruesa alteración histórica, interpretando correctamente que la expresión *ipso iure*, empleada por Justiniano, no significaba la

extinción de ambas obligaciones, por su sola coexistencia, sino que ellas se extinguían, de pleno derecho, cuando el acreedor y recíproco deudor oponía tal compensación.

¿Acaso los romanos no desarrollaron la teoría del dolo y de la culpa, clasificando a ésta, a su turno, en culpa grave o lata y culpa leve *in abstracto* y culpa leve *in concreto*? Revisemos los Códigos modernos, no sólo para comprobar la existencia del dolo, sino de la culpa grave o inexcusable, denominada lata por los romanos. Revisemos el Código Napoléon para comprobar que la institución del *bonus pater familias* constituye, simplemente, una aplicación de la culpa leve *in abstracto*. Revisemos, en fin, el propio Código Civil Peruano de 1936, antecedente inmediato del Código vigente de 1984, para comprobar que el inciso 1 del artículo 1609 imponía al depositario la obligación de cuidar de la cosa depositada como propia, en perfecta armonía con el principio romano de la culpa leve *in concreto*.

¿Acaso los romanos —para la eventualidad de inejecución de las obligaciones— no desarrollaron sólidas tesis sobre la mora y la cláusula penal?

El Derecho de Obligaciones no es, desde luego, un Derecho inmóvil. Las instituciones, insistimos, se han perfeccionado, adaptándose no sólo a las normas éticas y morales a las que nos hemos referido, sino a los nuevos criterios tecnológicos y sociales. Pero los cimientos del Derecho de Obligaciones son romanos. Y en algunos casos, con todas las características del Derecho Romano.

La confusión en que suele incurrirse, lo reiteramos, obedece a asimilar la obligación al contrato, olvidando que éste es tan sólo una fuente de la obligación, la más rica, la más importante, pero no identificada con el concepto de obligación.

Como antes lo dijimos, es claro que el contrato se ha modificado sustancial y radicalmente desde Roma hasta nuestros días. Hoy la técnica, las profundas relaciones entre los hombres, las propias necesidades de los seres humanos cada vez más exigentes, determinan el surgimiento permanente de nuevos contratos, muchos de ellos no legislados, innominados o no previstos por la ley civil o comercial (atípicos legales). Ellos se rigen por las estipulaciones contractuales, fruto de la autonomía de la voluntad, y por las normas generales de contratación. Pero esto no

significa, en modo alguno, que esas circunstancias hayan determinado modificaciones sustanciales en el Derecho de Obligaciones. Pecamos de recurrentes al insistir en que las obligaciones emanadas de esos novísimos contratos son siempre de dar, de hacer o de no hacer; que su objeto, es decir, la prestación, se extingue por el pago, la novación, la compensación, etc. Y así podríamos continuar recorriendo todo el Derecho de Obligaciones, cuyo origen y sustento se encuentran en Roma.

Por eso, cuando nos referimos a las limitaciones de la autonomía de la voluntad, a la legislación algunas veces asfixiante, no estamos hablando de la obligación, sino de las normas que obstaculizan la voluntad y, por tanto, de la falta de capacidad para contratar libremente, sin restricción alguna, esto es, de las limitaciones para generar ciertas obligaciones cuya naturaleza jurídica en nada cambia.

Los canonistas y sus principios éticos impregnan fundamentalmente al contrato, y, de modo ocasional, a la obligación, que es sólo instrumental y en cierto modo filosófica. Poco han variado, desde la época cumbre del Derecho Romano, los conceptos de obligaciones civiles o naturales, de deberes jurídicos o inclusive de razones de solidaridad social; éstas últimas no necesariamente ajenas al mundo del Derecho.

La ley, como fuente de las obligaciones, restringe la autonomía de la voluntad, pero esto en nada modifica su naturaleza jurídica. A lo más, limita sus alcances, sus proyecciones, la capacidad o no de asumir obligaciones, de acuerdo con las disposiciones circunstanciales del legislador.

No intentamos en modo alguno, desde luego, afirmar que la teoría de las obligaciones haya permanecido estacionaria o que el Derecho moderno sea copia literal de los textos romanos. Reconocemos que en algunas materias ha habido transformaciones profundas. Pero esto no significa que desechemos los principios fundamentales del Derecho Romano, que imprimen su sello característico, sin duda alguna, a las instituciones obligacionales vigentes en nuestros tiempos.

Por esas razones, y para aclarar definitivamente las diferencias entre el Derecho de Obligaciones y los contratos, deseamos referirnos, de manera breve por cierto, a este último tema.

El principio fundamental de los redactores del Código Napoléon fue el de la primacía absoluta de la autonomía de la voluntad, o sea el

de la libertad de quienes contrataban para incorporar todos los pactos considerados convenientes o útiles, en la medida en que ellos fueran lícitos y no atentaran contra el orden público o las buenas costumbres. Los redactores del Código Francés decidieron que el legislador no debía intervenir sobre la capacidad de decisión autónoma de las partes, y que en materia contractual sólo debía legislarse con normas supletorias. Éstos eran los principios que prevalecían en aquella época y que influyeron en forma gravitante sobre todas las legislaciones del siglo XIX.

Pero los tiempos cambian.

Decían Henri, Léon y Jean Mazeaud[11] que, después de siglo y medio de aplicación, si todavía subsisten los principios establecidos por los redactores del Código Civil Francés, han perdido su alcance. Por una parte, se han multiplicado las obligaciones extracontractuales. Por otro lado, los contratantes encuentran restricciones cada vez más numerosas a su libertad de crear obligaciones; se ha advertido que la autonomía de la voluntad, lejos de hacer que reinen el orden y la justicia en el comercio jurídico, permitió el aplastamiento del más débil por el más fuerte; y que de ello resultaban graves desórdenes que infligían ataques al grupo por entero. Se ha llegado, afirman, hasta hacer que ceda el principio del respeto de los compromisos libremente consentidos, para liberar al deudor de obligaciones que, según se estimaba, se habían tornado por demás gravosas.

Agregan los Mazeaud que el liberalismo del siglo XIX, que se apoyaba sobre los Códigos napoleónicos, condujo al aplastamiento de los más débiles por los más fuertes. La clase obrera, sin organización todavía, fue reducida a miserables condiciones de vida que le eran impuestas por el patrón, sometido a su vez al régimen de la libre competencia. La intervención del Estado, añaden, apareció como necesaria para reaccionar contra los excesos del liberalismo. Los intereses del grupo, el bien común, no deben ser sacrificados a los intereses egoístas del individuo. La libertad contractual, dicen los Mazeaud, apareció con frecuencia como un simple engaño, por no tener en realidad, y en ciertas situaciones, libertad alguna el contratante. El obrero, el pasajero transportado, el asegurado están obligados, por la fuerza de las cosas,

---

11 MAZEAUD, Henri, Léon y Jean. *Lecciones de Derecho Civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1959, vol. I, pp. 36 y ss.

a contratar sin poder discutir las condiciones que se les imponen. Los redactores del Código Civil sólo habían considerado el contrato nacido de una libre discusión, concluido de mutuo acuerdo por dos contratantes situados en plano de igualdad. La ruptura del equilibrio que se produjo en los contratos de adhesión —aquéllos a que se adhiere una parte sin poder discutir su contenido— forzaron al Estado a intervenir para fijar las tarifas y las condiciones del transporte, las reglas esenciales de los contratos de seguros, las de los contratos de arrendamiento rústico o urbano. En realidad, puesto que el contrato de adhesión no es un acuerdo libremente consentido, pues sus cláusulas son impuestas a una de las partes, ya que en esta discusión es casi total la quiebra de la libertad, resulta normal que algunas reglas imperativas, trazadas por el legislador, restablezcan el equilibrio y la libertad rotos y que el contrato sea «dirigido» por el legislador.

Los contratos impuestos, añaden, constituyen un ataque más directo todavía contra la libertad contractual. El siglo XIX ha dejado el recuerdo de los conflictos sociales más graves que el mundo ha conocido. Para evitarlos, no basta tan sólo con que el contrato de trabajo sea dirigido; es preciso que todos sus requisitos sean impuestos: salario, duración del trabajo, higiene, etc. Todo contrato de trabajo no es más que la reproducción de las cláusulas de las convenciones colectivas, discutidas por las organizaciones sindicales bajo el «control» del Ministerio del Trabajo. Se abandona el terreno del contrato para penetrar en el del estatuto, en el cual todos los requisitos se fijan por una reglamentación legal o cuasilegal. Las reglas supletorias ceden su puesto a las reglas imperativas. El legislador no sólo interviene en la conclusión del contrato, cuyos requisitos fija imperativamente, sino también en su cumplimiento: libera a las partes de compromisos que han suscrito válidamente o atenúa sus obligaciones. Y agregan que esta intervención es mucho más grave que la precedente, pues está en contradicción con el principio esencial del respeto de la palabra dada, afirmado por los canonistas: *pacta sunt servanda*.

Dicen los Mazeaud que las intervenciones del legislador se justifican por las necesidades del orden público y del interés social. Pero, añaden, la apreciación de ese interés es delicada; hay que temer que aquí prevalezca una concepción política sobre la concepción jurídica. Las asambleas elegidas tienen la tendencia a proteger los intereses del mayor número, y no de los más débiles, con desprecio

de otros intereses legítimos y respetables, pero menos eficaces electoralmente.

Por eso, los Mazeaud afirman que los ataques asestados a la autonomía de la voluntad en nombre del interés social están dominados a veces por objetivos políticos. No obstante, esos atentados están refrendados, en nuestro régimen democrático, por las reglas protectoras de la libertad, de modo especial por las de la Constitución.

En los sistemas totalitarios —concluyen—, al contrario, la misma organización política se dirige a la supresión de la libertad del individuo. El Derecho Privado adquiere, entonces, bajo tales regímenes, un aspecto particular muy diferente al de los derechos de tendencia individualista, que los juristas soviéticos agrupaban bajo el nombre de «derechos burgueses».

Por su parte, Jacques Dupichot[12] expresa que, ante todo, las «ideas sociales» de protección a los económicamente débiles se traducen —en lo principal— en una tendencia al dirigismo contractual (leyes imperativas llamadas de orden público económico: régimen imperativo, cláusulas protectoras del asegurado en el contrato de seguro, renovación obligatoria del contrato de arrendamiento comercial, etc.) y en un debilitamiento del rigor en la ejecución respecto a deudores que arbitrariamente se les ha considerado «caídos en desgracia» (moratorias, términos de gracia, declinación de facto de la represión en la quiebra). Además, Dupichot se pregunta sobre el carácter verdaderamente social de tal orientación que halaga a la plebe contemporánea (ciertamente no se le embargará su lecho... pero ¿acaso esto se ha llevado a cabo en el pasado?), pero que, en realidad, beneficia al rico, único gran deudor en potencia (sólo se presta al rico). ¿Las «grandes quiebras» no dejan acaso gran cantidad de «pequeños acreedores», comenzando por los asalariados de la empresa y pequeños comerciantes e intermediarios, cuyos créditos rara vez son cubiertos en el proceso de quiebra?

Aquí, luego de estas dos citas, nos corresponde realizar una breve síntesis del desarrollo del contrato en los siglos XIX y XX, donde evidentemente se restringe la autonomía de la voluntad. Deseamos acla-

---

12 DUPICHOT, Jacques. *Derecho de las Obligaciones*. Versión Castellana de Rosangela Calle. Bogotá: Librería Editorial Temis, p. 8, 1984.

rar, en esta parte del trabajo, que nos referimos a situaciones de hecho que usualmente acontecen y que en multitud de ocasiones restringir la autonomía de la voluntad es totalmente injustificado. Más aún, en los tiempos modernos en que vivimos se está revirtiendo esta tendencia. El socialismo, el colectivismo, no fomentan el bien común. Es verdad que se requiere un concepto de solidaridad entre los seres humanos, pero esta solidaridad no se consigue, necesariamente, con nociones asfixiantes para el mundo contractual.

Empecemos con el artículo 1134 del Código Napoléon, influido por la Escuela Liberal, donde se establece que el contrato tiene fuerza («lugar») de ley entre las partes.

Se observa, como consecuencia de este precepto, que tanto en el Código Francés, como en los Códigos que surgieron bajo su directa influencia durante el siglo XIX, incluyendo al Código Civil Peruano de 1852 (artículo 1256), el legislador se limitaba a establecer reglas supletorias destinadas a facilitar el comercio jurídico, las mismas que reposaban sobre la libertad presunta de los contratantes. Se trataba de Códigos individualistas, respetuosos al máximo de la libertad de la persona, que afirmaron con todo énfasis el principio de la autonomía de la voluntad.

Pero estos principios absolutos, como antes se ha expresado, ya no prevalecen.

Las primeras severas restricciones surgen con el Código Civil Alemán de 1900, que con la influencia de las escuelas sociales y socialistas reduce el dominio de actividad de los intereses individuales en provecho de los intereses colectivos.

Por otra parte, a principios del siglo XX, empiezan a tener auge los contratos de adhesión y de trabajo. En los primeros, se quiebra el equilibrio contractual, basado en la autonomía de la voluntad, por la intervención del Estado para fijar sus condiciones. En los contratos de trabajo, también se siente la influencia del Poder Público. Numerosos pactos del contrato de trabajo tan sólo constituyen la reproducción de cláusulas discutidas y acordadas en virtud de convenios colectivos. Como ya hemos dicho, se empieza a abandonar así el terreno del contrato para penetrar en el estatuto, en el que todos los requisitos se fijan por una reglamentación legal. Retribuciones mínimas, jornadas de

trabajo máximas, regímenes indemnizatorios, etc., constituyen reglas imperativas y no supletorias.

Estas nuevas corrientes originan que numerosos tratadistas franceses se refieran al legislador dirigista, al legislador que impone condiciones. André Toulemon[13] critica acremente la intervención del legislador, aduciendo que, cuando la libertad contractual se marcha, la libertad, simplemente, se levanta para seguirla. El llamado «legislador dirigista» —dice— que inicialmente circunscribe su actividad a los contratos de adhesión y de trabajo, empieza, poco a poco, a invadir los campos de la contratación civil y mercantil. Su intervención empieza a ser ilimitada y su influencia permanente.

Pero la crítica no sólo alcanza al denominado «legislador dirigista». Dos conflictos mundiales originan, en el siglo XX, graves alteraciones sociales, políticas y económicas que, naturalmente, repercuten en los contratos cuya ejecución se desplaza en el tiempo. Se producen severos desquiciamientos contractuales e institucionales, los que, afirma Toulemon, convierten al «legislador dirigista» en «legislador de emergencia». La intervención del legislador no está ya destinada a dictar la norma imperativa a la que deben someterse los contratantes. El legislador no se limita a fijar las condiciones y efectos del contrato a concertarse. El «legislador de emergencia» empieza a regir los propios contratos vigentes. Moratorias, congelación de precios y arrendamientos, suspensión de acciones judiciales, resolución de los contratos en curso, son las características de estas nuevas corrientes legislativas. «Leyes de circunstancias» las llaman. La equidad, el interés social, el orden público, obligan al «legislador de emergencia» a dictar normas aplicables al contrato en curso. Equidad, interés social, son conceptos impregnados de principios morales, nociones subjetivas cuyo ámbito de aplicación puede extenderse indefinidamente. Orden público, se expresa, empieza a ser todo aquello que el legislador califica como tal y, desde este punto de vista, casi nada escapa a su alcance. La difusión de estas «leyes de circunstancias» empieza a robustecerse. Su influencia es permanente y se siente en nuestros tiempos.

---

13 TOULEMON, André. *El Menosprecio de los Contratos y la Crisis*. Traducción de José María Cantillo. Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 1945, pp. 13 y ss.

El «legislador de emergencia» no puede, sin embargo, prever todas las circunstancias suscitadas. Las leyes se dictan para casos generales, no para casos concretos.

El Poder Judicial carece frecuentemente de normas expresas, de «leyes de circunstancias», que le permitan revisar todos los contratos vigentes de prestaciones diferidas, periódicas o continuadas, en los que se hayan producido severos desequilibrios económicos.

Y apela, entonces, a la teoría de la imprevisión, a esos principios olvidados por los codificadores del siglo XIX, que actuaron influenciados por la fórmula concluyente del artículo 1134 del Código Napoléon. La imprevisión es la tesis que lo faculta a intervenir en el contrato en curso cuando «las circunstancias existentes en el momento de su celebración han variado».

Es el principio *rebus sic stantibus*, considerado por los canonistas de la Edad Media y los post-glosadores como implícitamente incorporado en cada contrato. Es la excepción a la regla *pacta sunt servanda*, al permitir la revisión del contrato cuando se modifican las situaciones de hecho existentes en la época de su celebración.

Sobre esta materia, la primera resolución importante de la Corte de Casación Francesa es dictada en el año 1876, en el caso Capronne. Esta resolución inspiró permanentemente a dicha Corte y constituyó el pensamiento definitivo de ese Tribunal.

Capronne, un famoso ingeniero, recibió el encargo de construir un canal de regadío para ser aprovechado por los propietarios de los predios colindantes. El plazo para el pago de las cuotas periódicas que debía abonar cada uno de esos propietarios era muy amplio. En el curso del contrato, surge una circunstancia imprevista, la guerra de 1870, que produjo una notable desvalorización monetaria. Capronne recibiría, en cada cuota, moneda desvalorizada. Ello determinó que reclamara judicialmente un aumento de las cuotas pactadas.

La Corte de Aix declaró fundada la demanda de Capronne, considerando que en los contratos de tracto sucesivo se admitía su modificación, cuando ya no existía una correlación equitativa entre las prestaciones. La Corte de Aix llegó aún más lejos. Sostuvo que el artículo 1134 del Código Francés, donde se dispone que los contratos tienen fuerza de ley entre las partes que los han celebrado, no era aplicable a los contratos de tracto sucesivo.

Este fallo fue modificado por la Corte de Casación Francesa, la misma que declaró que los tribunales no estaban facultados, ni aun en los contratos de tracto sucesivo, para alterar los pactos entre las partes.

El precedente del caso Capronne determinó que al estallar la Primera Guerra Mundial, transtornándose las condiciones económicas y los precios, multiplicándose las alzas y las bajas imprevistas, los tribunales franceses se resistieran a aplicar la teoría de la imprevisión, considerando que ella no había sido consagrada, ni implícita ni explícitamente, por el texto legal.

En Francia fue preciso que después de apasionados debates se promulgara la ley Faillot, el 21 de enero de 1919, que permitía a un comerciante sustraerse a las consecuencias de sus compromisos cuando no había podido prever lo oneroso que se tornarían por obra de la guerra, para que los tribunales revisaran los contratos de ejecución diferida, continuada o periódica. Fue pues necesaria la dación de una «ley de emergencia».

Caso contrario ocurrió con los tribunales alemanes e italianos, en especial con los primeros, que elaboraron una copiosa jurisprudencia acerca de la teoría de la imprevisión.

Los tribunales alemanes, usando un Código más flexible y moderno que la ley francesa, y sin el texto riguroso del artículo 1134 del Código Napoléon, consideraron que el legislador había sancionado implícitamente, en distintas normas legales, la teoría de la imprevisión.

El Poder Judicial italiano trabajó activamente con los mismos conceptos. Justamente la jurisprudencia y doctrina italianas conducen al legislador de 1942 a consagrar con una expresión afortunada —«excesiva onerosidad de la prestación»— la fórmula legislativa de la teoría de la imprevisión.

Este texto legal significa, en buena cuenta, la corrección de un importante desequilibrio sobreviniente entre las prestaciones, pues la prestación excesivamente onerosa supone, como correlativa, otra prestación insuficientemente onerosa. Y autoriza la revisión del contrato en curso cuando concurren las circunstancias que la ley señala. Es este principio italiano el que, con la misma denominación, ha sido incorporado en el Código Civil Peruano de 1984. Él permite a los jueces, en los contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida,

si la prestación llega a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, reducir o aumentar la contraprestación, a fin de que cese la excesiva onerosidad.

En suma, la plena autonomía de la voluntad, de inspiración francesa, acogida legislativamente por el artículo 1134 del Código Napoléon, tiende a restringirse. Ello obedece a la inspiración del Código Alemán, al auge de los contratos de adhesión y de trabajo, a la intervención del Estado en los contratos en curso y al desarrollo de la teoría de la imprevisión, que se plasma en los nuevos Códigos con el instituto de la «excesiva onerosidad de la prestación».

Cabe resaltar que en las últimas décadas esa visión del contrato en que la autonomía de la voluntad se veía restringida por la constante intervención del Estado, ha sido prácticamente abandonada gracias a la revalorización de la libertad en sus aspectos sociológicos y económicos.

En tal sentido, Díez-Picazo[14] asevera que la concepción de contrato que hoy se maneja responde, en su más profundo fundamento, a tres presupuestos esenciales.

En primer lugar, responde a un presupuesto económico propio de una economía liberal, fundada en el lema del *laissez faire* y en la idea de que las leyes del mercado y el egoísmo individual actuando en el propio interés son, como dice Adam Smith, los mejores motores de la felicidad y de la prosperidad de las naciones.

En segundo lugar, el contrato se basa en la idea de la igualdad sustancial de las partes contratantes. Dentro de esta perspectiva se afirma que el contrato es el mejor medio de arreglo de los intereses privados porque es una obra común de dos contratantes, que se encuentran en igual situación y en un mismo plano económico.

Por último, según Díez-Picazo, el tercero de los presupuestos ideológicos y socioeconómicos, se encuentra en una época que rinde culto a la idea de la preponderancia de la libertad individual, lo que, en definitiva, constituye una época de predominio burgués sobre la economía. Puede decirse que esta concepción del contrato es un ins-

---

14 DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Madrid: Editorial Tecnos, 1979, tomo I, p. 89.

trumento idóneo para un señorío de la burguesía sobre el mercado de capitales y de trabajo y, en definitiva, para un señorío sobre la economía considerada en su conjunto.

Coincidimos en la veracidad de las afirmaciones del maestro español, pero no creemos que el Estado pueda abdicar de tener cierto grado de intervención en la contratación privada.

Es evidente que somos contrarios a que el Estado intervenga modificando los términos contractuales pactados, pero todo Estado actúa estableciendo parámetros para la contratación. Tales parámetros están constituidos por las normas de orden público y resultan ineludibles en cualquier Estado de Derecho, cualquiera que fuese el sistema político y el signo del gobierno de turno.

En tal sentido, consideramos que el Estado siempre debe proteger a sus ciudadanos previendo reglas adecuadas a la contratación, evitando el abuso y permitiendo el libre tráfico de bienes y servicios dentro de una economía social de mercado, modelo económico recogido por las Constituciones peruanas de 1979 (artículo 115) y 1993 (artículo 58).

Para concluir, debemos recordar que el repliegue intervencionista del Estado se manifiesta claramente en el Perú con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1993, la misma que, recogiendo los principios propios de la economía liberal, proclamó en su artículo 62 que «La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley [...]».

Finalmente y antes de terminar estas palabras introductorias, quisiéramos agregar que una eventual Ley de Enmiendas al Código vigente no deberá ser fruto de apremios, que sin duda no existen, sino de reflexión y madurez sobre los preceptos destinados a perfeccionarlo. El paso del tiempo determinará que la doctrina peruana avance en la interpretación del Código. No obstante la profusa literatura jurídica que ha generado el Código Civil de 1984, falta aún un mayor avance jurisprudencial y doctrinario, lo que se hace evidente en nuestra especialidad, el Derecho de Obligaciones.

Advertimos al lector que hemos procurado respetar la grafía original en los nombres extranjeros de los autores y personajes citados (por ejemplo, se mantiene la tilde aguda sobre la letra «e» en Napoléon).

En este trabajo abordamos temas neurálgicos que discurren desde la definición de «obligación», hasta otros tan complejos como la naturaleza jurídica de la obligación, la patrimonialidad de la prestación, la teoría de la causa, o las obligaciones naturales, apelando a doctrina extranjera calificada, a fin de que el lector se forme una idea cabal de las diferencias conceptuales, las coincidencias y las conclusiones a las que llegan insignes codificadores y tratadistas. Por ello, con frecuencia nos remontamos a la antigua Roma, a aquélla que creó los más sólidos pilares en materia tan compleja y abstracta, y, muchas veces, por qué no decirlo, sofisticada, hasta nuestros días. Veinticinco siglos de desarrollo del Derecho de Obligaciones no es cosa de poca monta. Ello exige, necesariamente, ilustrar al lector con la opinión de distinguidos autores, que han estudiado con toda pulcritud la materia.

## 2. DEFINICIÓN DE OBLIGACIÓN Y CONCEPTOS GENERALES

La palabra obligación tiene muy variadas concepciones, con diversos elementos, incluyendo el criterio del profesor argentino Héctor Negri, quien considera imposible definirla.

Una definición clásica de obligación puede encontrarse en las Instituciones de Justiniano, en donde existen elementos esenciales como son el vínculo jurídico y la exigibilidad, que es el constreñimiento por el cual el acreedor puede compeler a su deudor el cumplimiento de la prestación, y el deber de este último de pagar lo ofrecido.

La obligación también es sinónimo de deber, y este deber comprende tanto a las obligaciones imperfectas como a las perfectas. Se llaman obligaciones imperfectas a aquéllas respecto de las cuales no somos responsables sino ante Dios, por su carácter eminentemente moral. En cambio, las obligaciones perfectas son aquéllas que otorgan el derecho para exigir su cumplimiento.[15]

---

[15] POTHIER, Robert Joseph. *Tratado de las Obligaciones*. Barcelona: Biblioteca Científica y Literaria, s/f. 3.ª edición, Primera Parte, pp. 1 y ss.

Para el Derecho de Obligaciones lo importante son las llamadas obligaciones civiles, es decir aquéllas que generan un vínculo requerido para su cumplimiento o ejecución, vínculo que debe existir entre personas determinadas o determinables. Por tanto, una obligación civil no es cualquier tipo de deber, ya que este deber corresponde a un vínculo o relación jurídica.

Siguiendo con nuestro análisis, vemos que la obligación que contrae el deudor, que es la «deuda», constituye el derecho de crédito que tiene el acreedor para exigir una prestación que puede ser de dar, de hacer o de no hacer, la que al ejecutarse queda pagada.

Recordamos que la posibilidad coercitiva para cumplir la obligación radica en la autoridad pública, que es quien decide que el acreedor logre su objetivo. A este mecanismo se le conoce como sanción de las obligaciones.

La definición etimológica de la palabra obligación genera la idea de sujeción o ligamen. Giorgio Giorgi[16] está de acuerdo con esa definición, ya que ella liga o ata al deudor, exigiéndole realizar una actividad a favor de su acreedor. En realidad, en todos los análisis de las leyes, trabajos de jurisconsultos romanos u obras de escritores modernos, encontramos que la obligación es considerada como un vínculo jurídico.

Por ello, según Giorgi, la obligación es un vínculo jurídico entre dos o más personas determinadas, en virtud del cual una o varias de ellas (deudor o deudores) quedan ligadas con otra u otras (acreedor o acreedores), para dar, hacer o no hacer algo.

Algunos tratadistas han llegado a sintetizar el concepto de obligación a la relación entre dos patrimonios, desapareciendo al acreedor y al deudor. Esto, para Planiol y Ripert,[17] resulta una verdadera exageración. Nosotros compartimos el criterio de los ilustres juristas franceses, porque son los seres humanos quienes adquieren las obligaciones jurídicas.

---

16 GIORGI, Giorgio. *Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno*. Expuesta conforme a la doctrina y a la jurisprudencia italiana, francesa, alemana, etc. Traducida de la sétima edición italiana y anotada con arreglo a las legislaciones española y americanas, por la redacción de la Revista General de la Legislación y Jurisprudencia. Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación, 1909, vol. I, pp. 11 y ss.

17 PLANIOL, Marcel y Georges RIPERT. *Op. cit.*, tomo VI, p. 8.

Lógicamente las personas responderán con su patrimonio, pero esto es un efecto y no una causa. Resultaría absurdo despersonalizar el Derecho, ya que éste se encuentra integrado principalmente por relaciones humanas y ocasionalmente entre personas jurídicas, pero compuestas por seres humanos.

De Ruggiero[18] trata de encontrar una definición amplia de la palabra obligación, y se refiere a ella como el vínculo o sujeción de la persona, no importando el origen de la obligación. Así pueden incluirse dentro de ese concepto a las obligaciones llamadas morales y a aquéllas establecidas por las normas jurídicas. Pero en realidad, desde una óptica jurídica, el autor se concentra en estas últimas, señalando como indispensable, además, que nazcan de relaciones personales y que tengan contenido patrimonial.

En sentido técnico, De Ruggiero define a la obligación como la relación jurídica en virtud de la cual una persona llamada deudora, debe una determinada prestación a otra denominada acreedora, quien tiene la facultad de exigirla, constriñendo a la primera a satisfacerla. Agrega De Ruggiero que es frecuente que se utilice la palabra obligación para indicar sólo uno de los aspectos de la obligación: el aspecto pasivo de la relación, es decir el deber del deudor, el débito; o el aspecto activo, que es el derecho o la pretensión del acreedor, o sea el crédito. Añade que pocas veces se utiliza la palabra obligación para expresar la causa generadora de la relación obligacional.

Lo expuesto por De Ruggiero se traduce, en opinión nuestra, en que la obligación constituye una relación jurídica por la que una persona, denominada acreedora, tiene el derecho de exigir a otra persona, denominada deudora, el cumplimiento de una prestación de dar, de hacer o de no hacer, es decir, el cumplimiento de prestaciones positivas o negativas.

Podemos afirmar que en lo relativo al acreedor, es decir, a quien tiene el derecho de exigir el cumplimiento de una prestación positiva o la abstención del sujeto pasivo (en este caso el cumplimiento de una prestación negativa), tal ángulo obligacional se califica como un dere-

---

18 DE RUGGIERO, Roberto. *Instituciones de Derecho Civil*. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1944, tomo II, pp. 5 y ss.

cho de crédito. Y cuando el tema se analiza a la inversa, es decir, con relación al deudor, o sea a la persona que tiene que cumplir con una prestación positiva o que debe abstenerse de hacer algo, nos estamos refiriendo a la deuda *stricto sensu*.

Eduardo B. Busso[19] expresa que la «obligación» puede definirse como el vínculo que une al acreedor y al deudor de manera recíproca, y también sirve para designar la deuda a cargo del sujeto pasivo de la relación e inadecuadamente se utiliza el término para referirse al contrato. Obligación y contrato, según Busso, son conceptos vinculados pero totalmente diferentes. El contrato es una de las fuentes de las obligaciones y jamás puede ser confundido con la obligación misma.

Busso también se adhiere a la definición de Enneccerus, para quien el crédito es el derecho que compete a una persona (el acreedor) contra otra persona determinada (el deudor), para la satisfacción de un interés digno de protección que tiene el primero. El citado profesor argentino complementa esta noción señalando la forma cómo el acreedor podrá obtener la satisfacción de ese interés: sea mediante el cumplimiento, voluntario o coactivo, de un acto o de una omisión del deudor, sea mediante la acción que la ley autoriza ejercer sobre el patrimonio del deudor.

Estamos de acuerdo con Busso cuando enseña que la obligación, con respecto al deudor, es un deber jurídico calificado. Por el género inmediato al que pertenece, la obligación puede ser definida como un deber. La idea de deber designa la situación de un sujeto que tiene que ajustar su conducta a los mandatos contenidos en una norma general o en una de orden particular; toda obligación importa un deber, si bien no todo deber constituye una obligación.

Los autores distinguen los deberes jurídicos de los morales, no existiendo acuerdo para fijar el criterio de tal distinción. Pero cualquiera que sea la regla que se adopte, es evidente que la obligación civil es un deber jurídico y no simplemente moral, pues las obligaciones están sancionadas por la ley del Estado, son medios para asegurar la estabilidad de los derechos, guardan relación con la conducta de los individuos y su incumplimiento da lugar a sanciones de orden jurídico.

---

19 BUSSO, Eduardo B. *Código Civil Anotado, Obligaciones*. Buenos Aires: EDIAR Editores. Sucesores de Compañía Argentina de Editores, 1951, tomo III, pp. 9 y ss.

Para Busso existen deberes que no son obligaciones. Agrega que en las obligaciones civiles, interesa más el resultado que la conducta misma del deudor, y por eso es admisible que la deuda la pague un tercero y que en esa forma se extinga el vínculo, a diferencia de los deberes de familia en los que el interés radica en la conducta de la persona.

Como última diferencia, Busso se refiere a las consecuencias jurídicas que pueda originar la transgresión del deber de familia. Aquí vemos que una posible indemnización, en principio y salvo casos excepcionales, quedaría descartada.

Demogue tiene un punto de vista discrepante del de Busso, afirmando que para calificar un deber ha de tenerse en cuenta no sólo el contenido de la actividad debida, sino las sanciones que el incumplimiento pueda determinar. Busso refuta esta tesis diciendo que un mismo hecho puede servir de presupuesto para la producción de diversos efectos jurídicos, sin que por eso deban confundirse entre sí las normas que sanciona cada uno de esos efectos. Toda norma debe calificarse por su propio sentido, y ella, a su vez, califica la actitud humana regulada por sus posiciones.

Coincidimos con Busso, cuando afirma que para que una conducta entrañe una obligación, es menester que el ordenamiento jurídico lo establezca como un acto necesario y bajo pena de responsabilidad.

En su misma línea de pensamiento, Busso afirma que aquellas normas que imponen reglas generales de conducta, sin contener prestaciones concretas y determinadas, no generan obligaciones.

Continuando con el desarrollo del profesor citado, señalamos que denomina deudora a la persona obligada a una determinada manera de actuar, y acreedora a la persona a cuyo favor la primera se ha obligado.

Desde ese punto de vista, parecería más apropiado designar a esta situación jurídica como «relación obligatoria», ya que en esta expresión se abarcan ambas calidades: la subordinación del deudor y la favorable situación en que se encuentra el acreedor.

En la doctrina, encontramos muchas definiciones de obligación. Sin embargo, todas coinciden en considerarla como un vínculo o relación jurídica entre un acreedor y un deudor para el cumplimiento de una prestación por este último.

Siguiendo con las definiciones de obligación, Raimundo Emiliani Román,[20] citando a Colin y Capitant, expresa que la obligación es una necesidad jurídica por efecto de la cual una persona está sujeta, respecto de otra, a una prestación positiva o negativa, es decir a un hecho o a una abstención.

Emiliani Román agrega que Colin y Capitant, en su Tratado de Derecho Civil, identifican el concepto de obligación como vínculo con el derecho personal, y limitan el de obligación a deuda.

Posición contraria adoptan Vouim y Robinot —citados por Emiliani Román—, quienes opinan que la obligación no es una deuda sino el derecho de crédito.

Comenta Emiliani Román que los Mazeaud ponen de relieve el carácter pecuniario de la obligación, y la definen como «un vínculo de derecho de aspecto pecuniario que une a dos personas, la una, el deudor, estando sujeto a una prestación en provecho de la otra, el acreedor».

Según el citado profesor colombiano, encontramos diversas fisonomías en las definiciones analizadas. Para algunos autores es el crédito, para otros la deuda, y para la mayoría es una relación jurídica que abarca ambos conceptos; mientras que para algunos es el propio derecho personal, para otros es pecuniaria.

En opinión de Emiliani, el término obligación no es exclusivo del Derecho, sino se aplica a todas las actividades de valor del hombre para designar las necesidades de una determinada conducta humana, con el objeto de lograr un determinado fin de la naturaleza de la actividad de que se trata. Así, podemos hablar de obligaciones sociales, religiosas, políticas, morales, jurídicas, económicas, etc.

Explica que cada una de estas actividades tiene sus propias normas, desarrollos y finalidades, que comprometen la conducta humana, esto es, que imponen obligaciones. Por tanto, el término obligación no es específico del Derecho, ya que se aplica a todas las actividades de valor del hombre, lo que determina su equivocidad, porque el contenido de cada una varía bajo la identidad formal que consiste en tener que

---

20 EMILIANI ROMÁN, Raimundo. *Conferencias de Obligaciones*. Bogotá: Editorial Temis, 1980, pp. 3 y ss.

observar una determinada conducta para lograr determinados fines, tal como el deudor tiene que hacerlo para satisfacer al acreedor.

Por esta razón, también se llama obligación al deber jurídico, o sea a la relación jurídica que asume forma imperativa. Pero los deberes jurídicos no son obligaciones civiles, porque el deber es el imperativo general de hacer o no hacer algo, y la obligación es el crédito de una deuda.

En resumen, la palabra obligación es utilizada en todas las actividades de valor del hombre, para señalar que tiene que observar una determinada conducta para la consecución de un determinado fin. Siempre que la conducta humana esté así dirigida hacia un fin, se dice que dicha persona está obligada y que tiene esa obligación.

Siguiendo este orden de ideas, todas las obligaciones son iguales, ya que tendrían una forma igual. Tanto las religiosas, morales, sociales, económicas o jurídicas, significan esa relación de conducta de medio a fin. Pero se diferencian unas de otras en el contenido, identificándose cada una consigo misma y distinguiéndose de las demás.

Es por ello que las relaciones y deberes jurídicos, que son obligaciones en el sentido universal pragmático, no pueden confundirse con la obligación civil, ya que ésta posee un contenido específico que la diferencia de otras nociones, que es la vinculación jurídica entre acreedor y deudor, que constriñe a éste a una determinada prestación, facultando al acreedor a exigirla coactivamente en caso de incumplimiento.

Continuando con las definiciones, encontramos que Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón[21] entienden a la obligación como una situación bipolar que se encuentra conformada por el deudor y por el acreedor. El acreedor es el titular de un derecho subjetivo (derecho al crédito), que le faculta para exigir al deudor lo que por éste es debido (prestación). Asimismo, en caso de incumplimiento, el acreedor está investido de una serie de facultades para defender sus intereses. El deudor es el sujeto de un deber jurídico, que le impone la observancia de un comportamiento debido y, en caso contrario, deberá soportar las consecuencias de su falta.

---

21 DÍEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN. *Sistema de Derecho Civil*. Madrid: Editorial Tecnos, 1985, vol. II, p. 175.

Otros autores como Pedro N. Cazeaux y Félix A. Trigo Represas[22] señalan que en las Instituciones de Justiniano, para definir la palabra obligación, se utilizó la expresión «según el derecho civil», extremo que actualmente carece de vigencia, pudiendo la definición quedar de esta manera: «La obligación es un vínculo jurídico que nos constriñe a pagar algo a otro».

Cazeaux y Trigo Represas opinan que en esta definición debe destacarse el vínculo jurídico, es decir, la relación jurídica que une al deudor con el acreedor.

Los mencionados profesores afirman que la palabra obligación ha sido objeto de usos impropios, no sólo en el lenguaje vulgar sino también en el foro, en algunas obras de Derecho y hasta en los Códigos.

Señala Raúl Sapena Pastor,[23] por su parte, que es posible prescindir de las definiciones y sólo admitir aquéllas que sean preceptos legislativos, es decir, normas de conducta por respetar. Agrega Sapena Pastor que Vélez Sarsfield —el codificador argentino—, tan pródigo en definiciones, al enfrentarse con las obligaciones se abstuvo de definirlas. Expresa que las definiciones son impropias de un Código de Leyes y también que en un trabajo legislativo sólo pueden admitirse las definiciones que estrictamente contengan una regla de conducta, o la inmediata aplicación de sus vocablos, o su influencia en las disposiciones de una materia especial. La definición es de dominio del gramático, del literato, si la expresión corresponde al lenguaje ordinario, y es atribución del profesor cuando es técnica.

Para Atilio Aníbal Alterini, Óscar José Ameal y Roberto M. López Cabana,[24] la obligación es una relación jurídica, es decir, una relación humana regulada por el Derecho. Ellos consideran que resulta preferible esta definición a la de «vínculo», por su mayor precisión técnica y porque la relación jurídica obligacional es una de las múltiples relaciones jurídicas que surgen de la conducta humana.

---

22 CAZEAUX, Pedro N. y Félix A. TRIGO REPRESAS. *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. La Plata: Editorial Platense, 1986, tomo I, pp. 5 y ss.

23 SAPENA PASTOR, Raúl. *Fuentes Próximas del Código Civil*, pp. 13 y ss. Asunción: Editorial El Foro, 1986.

24 ALTERINI, Atilio Aníbal, Óscar José AMEAL y Roberto M. LÓPEZ CABANA. *Curso de Obligaciones*. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1988, tomo I, pp. 8 y ss.

Es, además, un deber específico y calificado en virtud del cual el cumplimiento de la obligación no es un acto libre, de concesión o de gracia por parte del deudor. Agregan que el sujeto pasivo o deudor, debe cumplir frente al acreedor. El deudor tiene una deuda y el acreedor un crédito; pero es posible que en ciertas circunstancias existan créditos y deudas recíprocos.

Surge, además, la prestación, que corresponde al comportamiento y actitud debidos. Indican que la prestación puede tener diversas manifestaciones como la de entregar o dar, la de hacer y la de no hacer algo.

Llambías[25] señala que en un sentido técnico la palabra «obligación» se utiliza para designar sólo aquellos deberes impuestos por el Derecho, susceptibles de estimación pecuniaria, que consisten en dar, hacer y no hacer.

Añade Llambías que la obligación implica la relación jurídica en la cual alguien, denominado deudor, debe satisfacer una prestación a favor de otro, llamado acreedor.

Por su parte, Ernesto Clemente Wayar[26] señala que la obligación sirve para designar toda conexión, correspondencia o comunicación entre los seres vivientes. Cuando los hombres se relacionan entre sí, cada vínculo establecido entre ellos constituye una relación social. Esta relación social es el supuesto de hecho de la norma y como resultado de la regulación de que es objeto se convierte en relación jurídica.

Según Wayar, la relación jurídica queda configurada cuando el Derecho objetivo capta una relación entre personas, establecida para la consecución de fines considerados dignos de tutela, y le atribuye a una (o varias) de ellas un poder y le impone a otra (u otras) el deber correlativo. Poder y deber son emanaciones del orden jurídico.

Afirma Wayar que toda relación jurídica contiene el binomio poder-deber. En la relación de obligación el poder sólo puede ser ejercido frente a determinada persona, que está obligada a satisfacer el interés de aquél que goza del poder. Para lograrlo es necesaria la cooperación

---

25 LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil, Obligaciones*. Buenos Aires: Editorial Perrot, agosto de 1983. Cuarta edición actualizada por Patricio Raffo Benegas, tomo I, pp. 7 y ss.

26 WAYAR, Ernesto Clemente. *Derecho Civil. Obligaciones*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1990, tomo I, pp. 1 y ss.

del sujeto pasivo; es el deudor quien mediante su conducta logrará satisfacer el interés de quien ostenta el poder.

Wayar describe a la obligación como la relación jurídica en virtud de la cual una persona —deudor— tiene el deber de cumplir con una prestación de valor patrimonial a favor de otra —acreedor—, quien a su vez tiene un interés tutelable, aunque no sea patrimonial, con el fin de obtener la prestación o, mediante ejecución forzada, el específico bien que le es debido.

Continúa diciendo Wayar que la obligación es una relación jurídica, porque para que ella exista es necesario que una persona haya entrado en contacto con otra, ya por actos lícitos, ya por actos ilícitos, ya por simples hechos; ese contacto constituye una relación social, que al ser reconocida y regulada por el Derecho se transforma en una típica relación jurídica.

Con referencia a la prestación, Wayar expresa que ella debe tener valor patrimonial. Fundamenta su posición con el siguiente argumento: si la prestación no tuviera ese valor, el deudor que dejara de cumplir no tendría la obligación de indemnizar, pues esta obligación no es otra cosa que la reparación pecuniaria por falta de cumplimiento de una prestación con valor pecuniario.

Wayar establece la diferencia entre el «objeto» y la «prestación», indicando que el objeto es el específico bien al que tiene derecho el acreedor y la prestación el medio por el cual se proporciona ese objeto.

Agrega Wayar que en caso de que el deudor no cumpliera con su deber de prestación, y a pesar de esta situación el acreedor conservara su interés en el específico bien que le es debido, puede recurrir a la ejecución forzada con el fin de obtenerlo. De esta afirmación extrae dos conclusiones. En relación con la ejecución forzada —que es un aspecto de la responsabilidad del deudor—, ésta se dirige hacia la obtención del bien debido. Acerca de la indemnización del daño que puede sufrir el acreedor —que constituye otro aspecto de la responsabilidad del deudor—, no es un efecto de la obligación, sino una consecuencia del incumplimiento. En este caso no se busca el objeto específico; lo que se busca es la indemnización sustitutoria. Señala Wayar que este segundo aspecto de la responsabilidad del deudor, que es el deber de indemnizar, constituye una nueva obligación.

Concluimos las citas de los profesores consultados con Héctor Negri,[27] quien mantiene una posición original.

Argumenta Negri que la obligación es indefinible, porque se trata de un tipo de género supremo que no puede ser encuadrado dentro de un género más vasto, para derivar por diferencia específica sus características conceptuales; y es un ente simple que no puede tampoco, por su unicidad última, desplegarse, desarrollarse en una definición conceptual.

Añade Negri que la indefinibilidad no es un argumento contra la existencia de la obligación en sí misma, ni significa que deba aparecer confundida con otros objetos con los cuales convive en una esfera de existencia. Indica que no es posible aludir a ella sino a través de equivalencias verbales.

En nuestra opinión, en el lenguaje común «obligación» es el vínculo que nos impone el cumplimiento de un deber. En consecuencia, el término «obligación» equivale al de un «deber». Esta aproximación genérica debemos utilizarla como guía para llegar a la definición que nos interesa, esto es al concepto de obligación desde una perspectiva jurídica.

Esa óptica enmarca la obligación dentro del campo del Derecho. La definición del Derecho —al menos desde un punto de vista filosófico— es bastante compleja y excede a los fines de este trabajo. Pero lo que sí es cierto es que la función principal del Derecho es la de regular conductas —entendidas como comportamientos conscientes y voluntarios de los seres humanos— entre personas, para permitir el desarrollo de la vida en sociedad. En este orden de ideas, la obligación constituye una relación jurídica existente por lo menos entre dos personas, llamadas deudor y acreedor, es decir, entre un sujeto pasivo y un sujeto activo.

Cabe añadir que el Derecho no regula cualquier tipo de conducta. Él sólo se ocupa de aquellas relaciones y comportamientos que merezcan su tutela. De allí que la obligación, en tanto relación jurídica, tenga como finalidad la satisfacción, por parte del deudor y a favor del acreedor, de un interés digno de protección jurídica.

---

27 NEGRI, Héctor. *La Obligación*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1970, pp. 17 y ss.

Otra característica del Derecho es su capacidad coercitiva a partir de una actividad estatal, que constituye nota de distinción entre el orden jurídico y las relaciones sociales, religiosas o morales.

Por ello la obligación no sólo implica la sujeción del deudor para satisfacer el interés del acreedor a través de un comportamiento determinado (llamado prestación), sino también el poder del acreedor para compeler a su deudor a fin de que cumpla con aquello a que se obligó. Esta es la consecuencia del «vínculo» o «relación jurídica». En caso contrario las obligaciones no tendrían razón de ser para el Derecho, pues las personas cumplirían con sus deberes atendiendo al dictado de su conciencia, a sus principios religiosos o a las formas sociales, lo que sería propio del orden moral, religioso o social, pero de ninguna manera del orden jurídico.

De acuerdo con esos conceptos, consideramos que la obligación constituye una relación jurídica que liga a dos o más personas, en virtud de la cual una de ellas, llamada deudor, debe cumplir una prestación a favor de la otra, llamada acreedor, para satisfacer un interés de este último digno de protección. Dentro de esa relación jurídica corresponde al acreedor el «poder» o «derecho de crédito» para exigir la prestación. Si el deudor, vinculado en tal forma, no cumple la prestación, o la cumple parcial, tardía o defectuosamente, por razones a él imputables, responde con sus bienes de dicho incumplimiento, en razón del elemento coercitivo previsto por la ley.

## 3. EVOLUCIÓN DE LAS OBLIGACIONES

Es conveniente desarrollar una breve reseña histórica acerca de la evolución de las obligaciones.

Según manifiesta René Demogue,[28] todos los autores modernos reproducen o se conforman con traducir la definición de las Instituciones de Justiniano. Agrega que Pothier la reprodujo y que el Código Civil Francés se inspiró en ella.

En realidad la definición de Justiniano no es más que el punto de llegada de una evolución más amplia. En la Roma primitiva, las obligaciones eran más bien un derecho del acreedor que se refería a la

---

[28] DEMOGUE, René. *Traité des Obligations en Général*. París: Librairie Arthur Rousseau, Rousseau et Cie., rue Soufflot, 14, 1923, Parte Primera, tomo I, pp. 3 y ss.

persona del deudor, de la misma manera que el derecho de propiedad se refiere a la cosa. La definición moderna traduce, entonces, el concepto de obligación tal como se forma en las civilizaciones adelantadas en su evolución.

Expresa Héctor Lafaille[29] que la noción de «obligación», abstractamente considerada, no se llegó a conocer en la Roma primitiva. Es siglos después, con Paulo, que se adopta un orden de ideas enteramente nuevo, al sustituir el materialismo originario por el imperio de la voluntad.

Los conceptos varían con Justiniano y los libros de Derecho reproducen las Instituciones, estimándose que sintetizan del mejor modo posible los caracteres de la obligación.

El cambio más importante y que contribuye a dotar de una elasticidad mayor al concepto, según Lafaille, es aquél que tiende a sustituir el término «vínculo», que se juzga de estilo metafórico y de aplicación estricta, por el giro «situación jurídica», que sin duda alguna resulta más comprensivo.

Sin embargo, Lafaille manifiesta que la antigua definición no perjudica el progreso científico, siempre que se interprete y aplique de acuerdo con las circunstancias actuales.

Roberto de Ruggiero,[30] por su parte, expresa que la noción de la relación obligatoria, recogida por el Derecho moderno, no se diferencia en sus líneas generales de aquélla construida por los jurisconsultos romanos. En ésta, más que en ninguna otra esfera del Derecho Privado, las doctrinas romanas han conservado toda su vitalidad, en forma tal que no es posible entender gran parte de las normas actuales sin recurrir a los precedentes romanos. Sin embargo, la materia ha sufrido modificaciones debido al efecto del Derecho intermedio, y puede afirmarse que las ha sufrido profundas. Desapareció el formalismo rígido que impedía la libre voluntad de crear vínculos sin la observancia de formas solemnes o determinadas; se sustituyeron los férreos principios que antes imperaban, por la voluntad y el simple consentimiento, como elementos decisivos en la generación obligatoria; se modificó, además, el principio de que la obligación no podía transmitir ni constituir dere-

---

29 LAFAILLE, Héctor. *Derecho Civil, Tratado de las Obligaciones*, vol. I, tomo VI, pp. 12 y ss.

30 DE RUGGIERO, Roberto. *Op. cit.*, tomo II, pp. 7 y ss.

chos reales, suplantado por el moderno, que admite la adquisición de derechos reales mediante la sola obligación de enajenar.

Josserand,[31] refiriéndose a las obligaciones naturales en el Derecho Romano, afirma que esta clase de obligaciones era muy numerosa, porque tendía, en gran parte, a reaccionar en contra de ciertos principios demasiado rigurosos del *ius civile*. Por ejemplo, contra la idea de que ciertos seres humanos no eran personas, como el caso de los esclavos, que no podían hacer nacer una obligación civil, pero sí podían generar obligaciones naturales. Lo propio sucedía con el hijo de familia y, más generalmente, con las personas sometidas a la patria potestad.

Las diferentes fuentes de las obligaciones naturales desaparecieron después, con el acceso de todos los seres humanos a la personalidad y con la atenuación del formalismo. En el antiguo Derecho Francés la teoría se restringe, y en el Derecho moderno sucede lo mismo, pues muchas obligaciones naturales se han convertido en civiles.

Según Ambroise Colin y Henri Capitant,[32] la evolución del Derecho en esta materia ha consistido en una dulcificación progresiva y constante de la condición del deudor, en el paso de la ejecución en la persona a la ejecución en los bienes.

En la Roma antigua era la persona del deudor quien respondía de sus obligaciones. A falta de pago, sufría las penas más rudas. En las primeras épocas, incluso, podía ser muerto y despedazado por sus acreedores. No obstante que con posterioridad a la caída del Imperio Romano se vuelve durante algún tiempo a las antiguas concepciones, a las penalidades dadas en contra de los deudores insolventes, hoy podemos considerar a la evolución como culminada. Ya no es la persona del deudor la que debe responder por sus obligaciones, sino su patrimonio.

Para Henri, Léon y Jean Mazeaud,[33] los Derechos occidentales y sus satélites se han inspirado en las reglas propuestas por los juristas

---

31 JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil*. Buenos Aires: Bosch y Cía. Editores, 1952, tomo II, pp. 567 y ss.

32 COLIN, Ambroise y Henri CAPITANT. *Curso Elemental de Derecho Civil*. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1955, tomo II, pp. 69 y ss.

33 MAZEAUD, Henri, Léon y Jean. *Op. cit.*, vol. I, pp. 9 y ss.

del Derecho Romano Clásico, tal como nos han llegado mediante las compilaciones de Justiniano.

La construcción lógica de las relaciones entre acreedores y deudores está sometida a evolución, aunque menos que las restantes esferas del Derecho. La obligación forma un islote de resistencia en ese Derecho movedizo, lo que determina que así se comprenda la universalidad del Derecho de Obligaciones.

Explican los Mazeaud que se admite, por lo general, que la noción de obligación (para ser más exactos, el estado de obligado), surgió a propósito de los actos ilícitos, es decir, en materia delictual.

En materia contractual, la sola voluntad era impotente para crear obligaciones, las mismas que no podían nacer sino del cumplimiento de formalidades. El formalismo pierde, no obstante, parte de su rigidez antes del final de la República, pues aquí aparecen los contratos consensuales, que son aquéllos en los que no es necesaria formalidad alguna.

En relación con los actos ilícitos, desde fines del siglo XII nace la idea de que toda culpa obliga al deudor a reparar el perjuicio causado. Es recién en el siglo XVII que esta regla canónica triunfa definitivamente, gracias a Loysel, y luego por la autoridad de Domat.

Por otra parte, en el Derecho Romano clásico el contrato era creador únicamente de obligaciones, pero era impotente para transmitir la propiedad. Esa transmisión no se realizaba más que por modos apropiados, solemnes. Luego de la venta de un bien, el vendedor continuaba siendo propietario, pero tenía la obligación de transmitir la propiedad. Para cumplir con esa obligación, el vendedor debía proceder a realizar un acto jurídico diferente al contrato de compraventa, que se concretaba con la tradición.

Los redactores del Código Civil Francés culminaron esa evolución al consagrar el principio de la transmisión *solo consensu*, como consecuencia de la autonomía de la voluntad. La voluntad puede crear obligaciones y es omnipotente, asimismo, para transmitir derechos reales sin formalidad alguna, con la finalidad de ejecutar la obligación misma.

Podemos apreciar que el espíritu de las obligaciones ha sido modificado profundamente en el curso de una evolución que el historiador sigue desde el Derecho Romano arcaico. Pero lo esencial de la construc-

ción romana, que ha pasado al Código Napoléon, subsiste. Es así que se entiende que el mecanismo de la obligación —es decir, la técnica según la cual nace, funciona y desaparece— haya podido permanecer casi intacta, pese a la evolución sufrida por la libertad contractual y la fuerza del vínculo obligatorio.

Luis María Rezzónico[34] expresa que según lo establecido en la Ley de las XII Tablas, si el deudor, ligado a su acreedor por un *nexum*, no cumplía la obligación, transcurrido un mes desde la condena de pago, el acreedor podía ejercer contra él la *actio judicate per manus injectionem*, en mérito de la cual el magistrado le adjudicaba a la persona del deudor. Éste era entregado al acreedor en el término de dos meses, pasado el cual debía ser llevado hasta el *forum*, por si alguien se interesaba en su rehabilitación y pagaba por él la deuda. Si esto no ocurría, el deudor quedaba convertido en esclavo y podía el acreedor proceder a su venta, en las márgenes opuestas del río Tíber.

Con las leyes Poetelia Papiria, del año 428, y Vallia, del año 468, quedó abolido el *nexum* y encadenamiento y castigos del deudor, quien ya no podía ser vendido como esclavo, aunque sí ser obligado a trabajar para el acreedor.

Aquí debemos recordar que el Derecho Romano data de la fundación de Roma, en el año 753 a. de C., hasta el reinado del Emperador Justiniano (527-565 d. de C.). Luego de Justiniano y de desaparecido el Imperio, continuó existiendo y desarrollándose el Derecho en una pequeña ciudad asentada en el Palatino (Roma cuadrada), para concluir por ser un Derecho Universal de todo el mundo conocido de los antiguos.

Según algunos autores, los períodos de evolución del Derecho en Roma corresponden a las etapas de la Monarquía, la República, la época de los Emperadores paganos y la época de los Emperadores cristianos.

Durante la Monarquía (de los años 753 a 245 a. de C.), la fuente más importante del Derecho fue la costumbre, además de la ley. En la República y principios del Imperio aparece como fuente del Derecho no escrito la equidad, el *jus gentium*. En el primer período de los emperadores paganos surgen las Constituciones Imperiales. Y luego toman

---

34 REZZÓNICO, Luis María. *Estudio de las Obligaciones en nuestro Derecho Civil*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1961, vol. I, pp. 107 y ss.

auge las Instituciones, descollando las de Gayo, Ulpiano y Paulo y la sabiduría de Papiniano, para culminar con Justiniano, con el Código, el Digesto o las Pandectas y sus célebres Instituciones.

Como antes lo dijimos, en el Derecho Romano primitivo, cuando se empleaba el término *nexum*, el vínculo obligacional no implicaba una relación entre el deudor y el acreedor, para que en caso de incumplimiento éste pudiera disponer del patrimonio del primero, tal como ocurre en el Derecho moderno, sino que el acreedor podía disponer de la persona del deudor.

Con la expansión romana hacia el mundo italiano, las relaciones jurídicas que incluyen las obligaciones se convierten en más frecuentes y complejas, y esta situación tan desfavorable para el deudor se fue atenuando.

Es en las Instituciones de Justiniano donde se define el concepto de obligación, el cual conserva sorprendente actualidad.

Por su parte, el Derecho Canónico tuvo gran desarrollo a partir de la Edad Media, e impregnó los conceptos romanos con los principios de la moral cristiana. Así encontramos, por ejemplo, como uno de sus principales aportes el concepto de la «buena fe», entendida como la creencia en la palabra empeñada.

Mientras los romanos eran básicamente formalistas, los canonistas consideraban que la palabra empeñada era suficiente, sin importar la forma en que ella se expresara.

Aunque el sustento esencial del Derecho de Obligaciones lo encontramos en el Derecho Romano, los canonistas de la Edad Media han desempeñado, en esta materia, papel preponderante, destinado a empapar a la norma jurídica de principios éticos y morales, sin olvidar la considerable influencia de los pandectistas alemanes. A partir de allí, fueron los predecesores del Código Napoléon —Dumoulin, D'Argentre, Domat, Pothier— quienes hicieron aportes fundamentales a la materia. Y el desarrollo continúa a partir del Código Napoléon, a través de las numerosas legislaciones que se dictan a su amparo, hasta la promulgación del Código Civil Alemán de 1900. Luego la evolución no cesa y a la luz de los Códigos Francés y Alemán, se promulga esa gran obra legislativa que es el Código Italiano de 1942, con influencia determinante en todas las legislaciones civiles de las últimas siete décadas.

## 4. NATURALEZA JURÍDICA DE LA OBLIGACIÓN

Lo que determina el concepto de obligación es la necesaria existencia de un crédito y una deuda. Es fundamental que en toda obligación haya un sujeto activo y un sujeto pasivo, lo que permite poner de relieve el predominio humano sobre los elementos materiales. Esta reciprocidad, deuda y crédito, corresponde a la misma prestación. Entre los dos requisitos encontramos una verdadera equivalencia jurídica. Y ambos conceptos se encuentran vinculados a través de una relación jurídica exigible y con consecuencias patrimoniales, al menos para el deudor.

Según Karl Larenz,[35] el ordenamiento jurídico no se conforma, por lo general, con imponer al deudor una obligación y reconocer el derecho del acreedor a la prestación; se preocupa también de que en caso necesario pueda el acreedor realizar su derecho. Asimismo, otorga al acreedor la posibilidad de demandar la prestación del deudor y de ejecutarla forzadamente, ya que sin esta posibilidad el acreedor quedaría librado a la buena fe del deudor, que siendo siempre de fundamental importancia, no es en muchos casos bastante para garantizar el cumplimiento de la pretensión jurídica.

La «pretensión» es el derecho a demandar el cumplimiento de una determinada acción u omisión. Por ello se puede afirmar que el derecho a la prestación que cabe exigir frente al deudor constituye una pretensión. El carácter primario del crédito no lo constituye la «pretensión», es decir, la posibilidad de realizarlo, sino el derecho inherente a la prestación que es el reverso del «estar obligado» del deudor ante el acreedor. Dicho de otro modo, se puede afirmar que el crédito tiene un contenido que excede de la pretensión.

Agrega Larenz que, por lo general, en la comunidad jurídica organizada, en el Estado, cabe exigir judicialmente cualquier crédito. Sin embargo, existen créditos que ya no cabe realizar, como ocurre, por ejemplo, con las acciones prescritas para exigirlos, que ya no constituyen una «pretensión».

---

35 LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, tomo I, pp. 27 y ss.

Con la presentación de la demanda, se inicia la realización judicial del crédito, que desemboca, una vez condenado el deudor, en la ejecución forzosa. Por esto se dice que el deudor «responde» de su deuda con su patrimonio.

Larenz concluye expresando que la relación de obligación extinguida a consecuencia del cumplimiento de los deberes de prestación no desaparece del mundo del pensamiento jurídico, pues conserva su importancia como «fundamento jurídico» de la prestación realizada.

Henri, Léon y Jean Mazeaud,[36] al definir la obligación, indican sus tres características esenciales: la obligación es un vínculo de derecho de naturaleza pecuniaria y que se integra entre personas.

Afirman que por ser la obligación un vínculo de derecho, se considera que estar ligado es tanto como estar obligado. Por lo general, el acreedor puede recurrir a la fuerza pública para compeler al deudor. Pero esta situación no configura el carácter específico de la obligación, pues existen aquéllas en las que no se puede apelar a este recurso, como sucede en las obligaciones naturales.

La obligación, para los autores alemanes, se encuentra dividida en dos elementos: la *Schuld* y la *Haftung*. La *Schuld* (deuda, débito) es el deber jurídico que impone el cumplimiento de una prestación, el pago. Si el pago se realiza, la *Schuld* desaparece. La *Haftung*, a su turno, aparece cuando la obligación se incumple, porque es la coacción que permite al acreedor pasar a la ejecución forzosa y dirigirse contra la persona o la cosa que responde de la deuda.

El segundo carácter se refiere a la naturaleza pecuniaria de la obligación. La obligación, en concepto de los Mazeaud, es un derecho que puede ser valorado en dinero, un derecho patrimonial. Esto no significa, sin embargo, que el ámbito de la obligación se encuentre separado de los derechos de la personalidad, pues si bien es exacto que los derechos de la personalidad se encuentran fuera del Derecho de las Obligaciones, ambas esferas, sin embargo, se penetran.

Los Mazeaud señalan como tercer carácter de la obligación, según se ha expresado, que ella constituye un vínculo entre personas.

---

[36] MAZEAUD, Henri, Léon y Jean. *Op. cit.*, vol. I, pp. 11 y ss.

Alfredo Colmo[37] añade que si la obligación es un vínculo en cuya virtud podemos compeler a alguien a que nos dé, haga o deje de hacer algo, quedaría por demostrar que en todos los casos en que uno debe dar, hacer o no hacer algo, está sujeto a una relación obligatoria. Pero, sin embargo, afirma la existencia de obligaciones que son impuestas por la amistad, el respeto, la cortesía, la sociedad, la moral, etc.

Por lo tanto, entiende por obligación aquélla que es exigible civilmente, es decir, lo que da derecho ante la ley civil para compeler, para forzar al obligado al cumplimiento, determinación que resulta muy delicada, pues es imposible que un Código Civil contenga un catálogo o una regla general que precise y limite los supuestos.

Antonio de la Vega Vélez[38] afirma que la obligación reposa en una relación de dependencia. El deudor, en lo referente al cumplimiento de la prestación que le incumbe, está sometido al acreedor. La libertad del primero, de cierta manera, resulta limitada por el segundo. Si no existiera esta sujeción, la obligación sería ineficaz, pues en caso de renuencia por parte del obligado, el interés del acreedor no podría satisfacerse. De ahí que para garantizar el respeto de las obligaciones, la ley otorgue a los titulares de un derecho de crédito medios de coerción encaminados a lograr que el deudor cumpla con sus deberes. Estos medios de coerción que atan, que ligan, que vinculan al sujeto pasivo con el activo, constituyen el vínculo jurídico.

La dependencia entre deudor y acreedor la asegura el poder social por medio de sanciones que tienden a constreñir al deudor a ejecutar la prestación que le corresponda o a resarcir los daños que el incumplimiento de ella ocasione al acreedor. Éste, para obtener la aplicación de tales sanciones, goza de las acciones inherentes a su derecho de crédito.

El derecho de crédito se ejerce siempre contra una o varias personas determinadas. Únicamente al deudor o deudores puede exigírseles el cumplimiento de la prestación debida.

Es así que no existiendo interés del acreedor, no habrá obligación. En cambio, cuando la obligación es satisfecha, aunque sea por persona

---

37 COLMO, Alfredo. *De las Obligaciones en General*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1961, pp. 4 y ss.

38 DE LA VEGA VÉLEZ, Antonio. *Bases del Derecho de Obligaciones*. Bogotá: Editorial Temis, 1978, pp. 3 y ss.

diferente del deudor, la obligación se extingue, por haber desaparecido el interés del acreedor cuya satisfacción perseguía.

El interés privado del acreedor no necesariamente tiene por qué ser de naturaleza económica, ya que muchas veces la obligación puede ser intelectual o moral.

Para Francesco Messineo,[39] el Derecho objetivo de las obligaciones regula las relaciones que nacen de la obligación, entendida como el conjunto (o la unidad) del Derecho subjetivo del acreedor (derecho de crédito, lado activo de la relación obligatoria) y del deber (débito) del deudor (lado pasivo de la relación obligatoria), que corresponde a aquél.

Los dos aspectos de la relación obligatoria son conexos entre sí, interdependientes, pues no es posible que exista el uno sin el otro, aunque no puedan colocarse en el mismo plano.

Messineo encuentra en el término obligación una clara referencia a lo que se llama vínculo, es decir a la sujeción, al sometimiento del deudor, al deber de cumplimiento. Vínculo obligatorio es el ligamen que constriñe al deudor, restringiendo su libertad de acción, el mismo que está legitimado por los principios, en cuanto por lo general deriva de la determinación del obligado, el cual asume, precisamente, una limitación a su propia libertad.

Así, la relación obligatoria constituye una peculiar «situación» jurídica, respecto de los sujetos que participan en ella, y de la cual nacen deberes, de un lado, y derechos, del otro. Es posible que la obligación encuentre su origen en un negocio jurídico de contenido particular (contrato llamado con prestaciones recíprocas), y es posible, por tanto, que cada uno de los sujetos sea, al mismo tiempo, deudor y acreedor.

Señala Raimundo Emiliani Román[40] que siempre tenemos el deber de actuar diligentemente para no perjudicar a los demás. Esta norma de conducta no es una obligación, sino un deber que impone una conducta general que no se agota con un cumplimiento, y que, propiamente, no da un crédito a favor de cada persona contra todas las demás, pero cuya violación configura un ilícito que, a su vez, genera una obligación.

---

39 MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1979, tomo IV, pp. 3 y ss.

40 EMILIANI ROMÁN, Raimundo. *Op. cit.*, pp. 17 y ss.

Emiliani Román es contrario a la opinión de quienes piensan que ese deber es una obligación jurídico-civil que al violarse genera responsabilidad de indemnizar. El deber no es una fuente de obligaciones; lo que sí es fuente de obligaciones es el ilícito que causa el daño, el delito o la culpa, con fundamento en la violación del deber jurídico que tenemos de obrar diligentemente para no causar daño a los demás.

El vínculo o atadura es de carácter jurídico, es decir que se rige por las reglas del Derecho. En virtud de él, el deudor se encuentra jurídicamente obligado, y en caso incumpla el acreedor se encuentra facultado a utilizar la fuerza pública para exigir el pago, que puede ser directo o indemnizatorio, por los perjuicios causados.

Está generalizado en la doctrina el concepto de que el constreñimiento al deudor no es de la esencia de la obligación, ya que existen obligaciones, como las naturales, que no dan acción, sino excepción, para retener el pago, a pesar de lo cual son tan obligaciones como las demás, porque el deudor «debe» jurídicamente, aunque no pueda ser compelido.

Emiliani Román se aparta de este concepto, argumentando que las obligaciones naturales no son obligaciones civiles sino simplemente morales, a las cuales el Derecho les da cierta validez como compensación, por tenerlas que extinguir o anular por simples razones técnicas, en contra de la justicia.

La deuda jurídica del deudor otorga al acreedor el derecho de apremio. Aquí encontramos una gran diferencia con la obligación moral, cuyo cumplimiento forzado repugna. Pero la obligación jurídica es, al mismo tiempo, moral. La conducta del deudor, por lo tanto, puede ser evaluada desde dos puntos de vista: el de la obligación jurídica, mediante la cual se permite el constreñimiento al deudor para que pague, pues lo que se busca es la satisfacción del crédito del acreedor; mientras que la obligación moral se refiere al mérito o demérito de la conducta del obligado.

Por la obligación, el deudor debe jurídicamente, ya que la obligación es un deber jurídico de pagar. Si no paga, el deudor puede ser constreñido al pago directo o al indemnizatorio de los perjuicios causados.

Emiliani Román se refiere luego a la ya citada distinción de los autores alemanes entre los dos elementos del vínculo jurídico, la *Schuld*,

que es la deuda o deber jurídico de pagar, y la *Haftung*, que es el constreñimiento que permite al acreedor exigir el cumplimiento forzado, ya directamente, ya contra los bienes del deudor.

La mencionada diferenciación, agrega, se utiliza para explicar la obligación natural que contiene deuda (*Schuld*), pero no constreñimiento (*Haftung*), aunque no comparte esta posición, ya que para él no existe deuda civil en las obligaciones naturales.

Antonio Hernández Gil[41] establece la diferencia entre la obligación y el deber general, que radica en que este último sólo expresa el directo sometimiento a las normas, mientras que a través de la obligación ese sometimiento se traduce en un concreto deber de conducta hacia otros, que integra el contenido de la obligación.

Según Hernández Gil, las principales características de la obligación son las siguientes:

(a) No existe deuda sin crédito y a la inversa.

(b) El deber es aquí un deber de prestación. Es decir el deber se refiere a un comportamiento determinado de la persona.

(c) La obligación en sentido específico, como deber de prestación, se caracteriza porque puede expresar por sí sola la relación existente entre dos o más personas.

(d) Por lo general la prestación sobre la que recae el deber es susceptible de una valoración económica, pero la patrimonialidad no es una característica indispensable de la obligación.

Según un postulado de Kant, el cual fue acogido por los pandectistas, se constituyó en herejía el hecho de que las cosas pudieran constituir objeto de las relaciones jurídicas. Se proclamó que éstas siempre son relaciones entre personas. El objeto de la obligación lo constituye el comportamiento del deudor, la conducta activa u omisiva a que esté obligado o, lo que es lo mismo, la prestación depurada de toda presencia de cosas.

Para Hernández Gil esta tesis no parece plenamente justificada, porque la total exclusión de las cosas del objeto no es posible; aunque

---

41 HERNÁNDEZ GIL, Antonio. *Derecho de Obligaciones*. Madrid: Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces. Editorial CEURA, 1983, pp. 63 y ss.

admite que es cierto que no son las cosas el objeto, sino la prestación de dar, de hacer o de no hacer.

Señala Jacques Dupichot[42] que si procedemos de lo general a lo particular, la terminología jurídica distingue, en primer lugar, el derecho llamado objetivo o regla de derecho abstracto, de los llamados derechos subjetivos. Para Dupichot, la obligación es un derecho subjetivo.

Por su parte, Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón[43] expresan que en la obligación existen dos elementos distintos que han sido resaltados por los historiadores al estudiar los textos del Derecho Romano y del Derecho Germánico. Toda obligación comprende como fenómenos separados, la deuda y la responsabilidad. La deuda *(debitum, Schuld)* indica el deber de realizar una prestación. La responsabilidad *(obligatio, Haftung)* es la sujeción al poder coactivo del acreedor.

Deuda y responsabilidad son dos ingredientes institucionales del fenómeno de la obligación, que no constituyen relaciones jurídicas autónomas y distintas. La responsabilidad sólo encuentra su justificación a través de la idea previa del deber jurídico. Se es responsable porque se debe o se ha debido algo. No existe responsabilidad sin previo deber, y un deber que quiera ser calificado como jurídico constituye, bajo una u otra forma, un caso de responsabilidad.

Pero existe un sector de la doctrina que ha pensado en la existencia de hipótesis en que deuda y responsabilidad aparecen como fenómenos independientes y autónomos. Así, en el concepto de las obligaciones naturales habría una deuda sin responsabilidad, pero éstas, según los autores citados, son tan sólo deberes morales. Se dice, por otra parte, que todas las veces en que alguien garantiza una deuda ajena, asume una responsabilidad, pero que no debe. Asume una responsabilidad para el caso de incumplimiento del deudor. Pero el garante está también obligado, bien en grado subsidiario, bien al mismo nivel que el propio deudor.

Ernesto Clemente Wayar,[44] en fin, expresa que toda obligación contiene un deber jurídico, pero que no todos los deberes jurídicos son

---

42 DUPICHOT, Jacques. *Op. cit.*, pp. 3 y ss.

43 DÍEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN. *Op. cit.*, vol. II, pp. 176 y ss.

44 WAYAR, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, tomo I, pp. 30 y ss.

obligaciones. Los deberes jurídicos conforman un género y sólo una de sus especies integra la relación de obligación.

Para poder distinguir el deber de obligación, de aquéllos que no son técnicamente obligaciones, es necesario señalar los caracteres típicos y específicos de aquel deber:

(a) La relación de obligación crea un vínculo jurídico entre acreedor y deudor.

(b) Una de las particularidades más importantes es la patrimonialidad de la prestación.

(c) El deber de la prestación se dirige a satisfacer el interés, patrimonial o no del acreedor, y éste está autorizado para exigir su cumplimiento.

Por carencia de alguna de las características señaladas, no constituyen obligaciones:

(a) Los deberes jurídicos genéricos, en los cuales no existe un sujeto activo determinado.

(b) Los deberes jurídicos sin contenido patrimonial.

Siempre que el comportamiento debido sea apreciable patrimonialmente se estará en presencia de una «obligación», aun cuando se trate de una relación jurídica familiar. Es lo que ocurre con el deber de prestación alimentaria, que sí tiene un claro contenido económico y que es pasible, además, de ejecución forzada.

Wayar agrega que la obligación es una relación entre personas: el deudor tiene el deber jurídico de desarrollar una prestación; el acreedor tiene el derecho de que su interés sea satisfecho mediante esa misma prestación. Este proceso se desarrolla normalmente cuando el deudor despliega la conducta esperada y satisface al acreedor, con lo cual la obligación se extingue y el deudor queda liberado, sin necesidad de que el proceso pase a una segunda fase.

Si el deudor no adopta la conducta debida y, a pesar de su inconducta, el acreedor puede recibir aquello que se le debía, sería necesario ingresar al campo de la ejecución forzada. En definitiva, el cumplimiento voluntario de la obligación o la ejecución forzada, agotan el concepto de obligación.

La ejecución forzada basa su subsistencia en el «deber de prestación». Ello no significa que el deudor no pueda incurrir en responsabilidad frente al acreedor. En tal caso, al «deber de prestación» se sumará el «deber de reparar». Pero uno y otro tienen distinto origen: el primero deriva de la obligación misma; el segundo, del daño causado al acreedor. El deber de reparar requiere la prueba del daño que le ha dado nacimiento; por el contrario, el deber de prestación no necesita ser probado, pues proviene de la misma obligación.

Después de analizar las teorías de algunos ilustres civilistas sobre la naturaleza jurídica de la obligación, desarrollaremos dos temas medulares para resolver materia tan delicada y compleja. Primero, los alcances de las obligaciones civiles, de los deberes jurídicos con contenido patrimonial, de los deberes jurídicos sin contenido patrimonial, de los deberes morales o de solidaridad social, y de los deberes generales. Y luego la propia naturaleza jurídica de la obligación civil.

La obligación civil es un deber jurídico. Pero con las obligaciones civiles no se agotan los deberes jurídicos, los deberes morales o de solidaridad social, ni los deberes generales. El ámbito de los deberes jurídicos, morales y generales es amplísimo y excede, largamente, la noción de obligación civil.

Por esas razones efectuamos la siguiente clasificación:

### 4.1. Obligaciones civiles propiamente dichas

Primero, existen las obligaciones civiles, las mismas que requieren de contenido patrimonial.

Como ejemplo citaremos el caso del contrato de compraventa. Por él, conforme al artículo 1529 del Código Civil Peruano de 1984, el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador y éste a pagar su precio en dinero.

Asimismo, constituyen obligaciones civiles las que nacen de la voluntad unilateral. Por ejemplo, el caso del testador, quien impone determinadas modalidades obligacionales en sus disposiciones de última voluntad. El día en que muere ese testador, automática, inflexiblemente y sin solución de continuidad, se establece la relación obligatoria, por ejemplo, entre sus herederos y un legatario, este último favorecido por las modalidades obligacionales.

Es también obligación civil la de prestar alimentos, porque ella origina una relación acreedor-deudor, por un vínculo que emana de la ley, con la característica de patrimonialidad. Aquí conviene llamar la atención respecto al erróneo concepto en que incurren algunos autores, al descartar la obligación civil del ámbito del Derecho de Familia.

Asimismo, constituyen obligaciones civiles, en fin, todas las previstas por las relaciones de responsabilidad extracontractual a que se refieren los artículos 1969 y siguientes del Código Civil. No aludimos, desde luego, a la circunstancia de que cada persona sea acreedora de todas las demás personas del planeta por la simple existencia de la ley. Pero sí afirmamos, y lo hacemos enfáticamente, que la obligación civil nace, por orden de la ley, desde el momento en que una persona, por dolo o por culpa, causa un daño a otra, o desde que aquél que usa un bien riesgoso o peligroso, o ejercita una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro. En ese instante surge la obligación de indemnizar, y esta obligación, qué duda cabe, es de carácter civil.

### 4.2. Deberes jurídicos con contenido patrimonial

Luego existen los deberes jurídicos con contenido patrimonial. Tratamos, dentro de esta denominación, a las llamadas obligaciones naturales. Empleamos (y lo vamos a hacer a lo largo de esta obra) la expresión «obligaciones naturales» por ser de amplia divulgación, pero su uso importa, a nuestro juicio, una *contradictio in adjecto* o *contradictio in terminis*. Aquí no hay obligación porque no existe exigibilidad. Se trata, simplemente, de un derecho que carece de acción y, por tanto, debería clasificarse como un «deber jurídico con contenido patrimonial».

Citaremos los dos únicos casos previstos por nuestra ley civil, que a su turno son clásicos en la doctrina. El de las obligaciones declaradas prescritas, en las que si se efectúa el pago el acreedor no puede repetir (artículo 1275 del Código Civil). Y el del juego y la apuesta no autorizados, cuando tienen carácter lucrativo y no están prohibidos por la ley; aquí no se otorga acción para reclamar por su resultado. Se trata, simplemente, de un deber jurídico con contenido patrimonial, llamado obligación natural. Por eso, al igual que en el caso de las obligaciones prescritas, quien paga voluntariamente una deuda emanada del juego y la apuesta no autorizados, no puede solicitar su repetición (artículo 1943 del Código Civil).

En esas hipótesis quien paga no está obligado, pero si lo hace responde a un imperativo de su conciencia y, por tanto, cumple con un deber previsto expresamente por la norma jurídica, que sí le confiere contenido patrimonial y que le impide repetir.

### 4.3. Deberes jurídicos que carecen de contenido patrimonial

Aquí podemos enunciar múltiples casos. Referirnos, por ejemplo, a las numerosas situaciones que emanan del Derecho de Familia, tales como la recíproca fidelidad entre los cónyuges; el deber de hacer vida común en el domicilio conyugal; la obligación de ejercer la patria potestad, en virtud de la cual los padres tienen el deber de cuidar de la salud y bienes de sus hijos menores, y todos los deberes que emanan de este ejercicio, como la educación de los hijos, el corregirlos moderadamente, etc.

O mencionar valores ajenos a los de la familia, y que carecen de contenido patrimonial, tales como el deber de no mancillar el honor del prójimo; o que nadie se entrometa en la intimidad personal o familiar; o que se respeten la voz y la imagen ajenas; etc.

Estos deberes jurídicos carecen de contenido patrimonial, pero pueden, en algunos casos, adquirir ese contenido.

Por ejemplo, los padres que ejercen la patria potestad usufructúan los bienes de sus hijos. En consecuencia, si se pierde la patria potestad, se pierde, consiguientemente, el derecho de usufructuar tales bienes. Esta circunstancia tiene, sin duda, evidente contenido económico. O el caso del abandono del hogar conyugal, que puede constituir causal de divorcio, y que acarrea, por tanto, consecuencias económicas, entre ellas las hereditarias, de contenido patrimonial cierto. El lesionar el honor ajeno da origen a una indemnización de daños y perjuicios, generando la obligación civil de repararlos.

Otros casos tan sólo quedan como deberes jurídicos, sin consecuencias ulteriores. Por ejemplo, la obligación de educar a los hijos. Dudamos de que el hijo, al adquirir la mayoría de edad, decida por sí y ante sí que no ha sido bien educado, y trate de constituir, a partir de ese hecho, una obligación civil a cargo de sus padres de indemnizarlo por daños y perjuicios.

### 4.4. Deberes morales o de solidaridad social

Éste es un tema en que se pueden presentar numerosísimos casos, con contenido patrimonial o sin él. Desde el conductor de un vehículo que transporta a un hospital a una persona herida a quien encuentra en la vía pública, hasta la persona que sufraga el mantenimiento de un pariente lejano, a quien no tiene la obligación de prestarle alimentos.

La trascendencia de esta clasificación se desprende del artículo 1275 del Código Civil, cuando prescribe que «No hay repetición de lo pagado [...] para cumplir deberes morales o de solidaridad social [...]».

Se trata, en ambos casos, de deberes morales, pues la solidaridad social emana de la moral y no es jurídica. Aquí no hay una obligación civil ni natural. Tampoco hay deberes jurídicos. Hay solamente razones éticas, o de beneficencia, o de caridad, que inducen a una persona a acudir con la prestación.

Pero queremos aclarar que muchas veces el llamado «cumplimiento de deberes morales», tiene un antecedente vinculatorio de carácter jurídico entre quien cumple con ellos y aquél con quien se cumple. Sería el caso de la restitución, después de declarado nulo un acto jurídico. El acto nulo es inexistente y, por tanto, de él nada queda. Sin embargo, si el beneficiado con la nulidad restituye, lo hace acatando un deber jurídico, ya que de no hacerlo se configuraría un supuesto de enriquecimiento sin causa.

### 4.5. Deberes generales que carecen de contenido patrimonial

Ellos no se encuentran previstos por la norma jurídica. Por ejemplo, la obligación de hacer una venia ante la bandera de la Patria; la obligación de entonar el himno nacional en una actuación pública; la obligación de escuchar el himno nacional de pie.

Estos deberes generales no dan origen a obligación alguna. Responden, simplemente, a otros valores tales como la educación, el amor por los símbolos patrios, etc. Si su infracción estuviera penada, por ejemplo, con una multa, tal infracción sí generaría una obligación civil, pero allí estaríamos hablando, entonces, de una relación jurídica vinculatoria propia de las obligaciones civiles.

### 4.6. Otras consideraciones

Hasta aquí la enunciación de las obligaciones civiles, de los deberes jurídicos con contenido patrimonial, de los deberes jurídicos que carecen de contenido patrimonial, de los deberes morales o de solidaridad social, y de los deberes generales.

Ahora analizaremos lo que en nuestro concepto constituye la verdadera naturaleza jurídica de la obligación civil.

Como hemos visto, la doctrina admite numerosas teorías que intentan explicar la naturaleza de la obligación. Las resumimos refiriéndonos a las más importantes, esto es, a las teorías subjetivas, a las teorías objetivas y al sistema del débito y responsabilidad.

Las teorías subjetivas son consideradas como las tradicionales y se caracterizan por concebir a la obligación como un sometimiento del deudor a la capacidad jurídica que tiene el acreedor para constreñirlo. Así, Savigny, uno de los tantos juristas que junto con Hedemann o De Ruggiero se adhiere a la teoría subjetiva, considera que la obligación es un señorío sobre los actos del deudor, que quedan subordinados a la voluntad del acreedor. Puede apreciarse que en las teorías subjetivas lo que caracteriza a la obligación es el poder de la voluntad del acreedor sobre su deudor.

En las teorías objetivas la relación obligacional no se caracteriza por el sometimiento personal del obligado a la voluntad de su acreedor, sino como un sometimiento del patrimonio del deudor a favor del acreedor. De esta manera, el punto central de la obligación ya no es la persona obligada sino su patrimonio. Estas teorías son sostenidas, entre otros, por Dulcket y Gaudemet.

Es la teoría aportada por la doctrina alemana, la que ha alcanzado mayor difusión, y se ha desarrollado en países como Francia, Italia y España. Se trata de la teoría del débito y responsabilidad *(Schuld und Haftung)*. Ella explica la naturaleza jurídica de la obligación a partir de un criterio objetivo, aunque con caracteres distintos e innovadores.

Fue Pacchioni uno de los que asimiló la relación jurídica obligatoria no como algo unitario, sino como una relación compleja, formada por dos elementos, el *Schuld* (débito o deuda) y el *Haftung* (garantía o responsabilidad).

Se asume en esta teoría que en la relación obligatoria existe una deuda entre deudor y acreedor, por la cual el primero, esto es el deudor, se encuentra sometido a satisfacer un interés de su acreedor, por medio de la realización de cierta prestación. A su vez, hay una situación de garantía, pues el patrimonio del deudor queda a disposición del acreedor en caso de incumplimiento, lo que algunos autores denominan «prenda genérica o universal».

Para opinar sobre esta tercera posición, bastante atractiva por cierto, debemos recordar el vínculo jurídico o relación jurídica, que viene a ser un nexo que une a una persona con otra (en este caso, al acreedor con el deudor). Dicho vínculo o relación requiere de dos elementos: el débito y la responsabilidad.

El débito, que constituye la deuda, es decir la obligación de cumplir con una prestación, existe frente al derecho del acreedor, integrado por la prestación, que le otorga la facultad de exigir su cumplimiento. Sería ilógico, por esa razón, que pudieran existir obligaciones en las cuales la deuda no fuera exigible por el acreedor, sino que ésta quedara a voluntad del deudor.

Por tanto, el débito constituye una situación de deber alguna prestación, que existe desde que nace la obligación hasta que ella desaparece, cuando el deudor la cumple voluntariamente. La responsabilidad sólo se presenta cuando se incumple y, en este caso, el Derecho otorga al acreedor la facultad de accionar contra el patrimonio del deudor.

Aquí podemos pensar en dos tiempos. El primero, que la relación obligatoria no es un vínculo que somete ni a la persona del deudor ni exclusivamente a su patrimonio, sino que le exige determinada conducta, y luego, subsidiariamente, en caso de incumplimiento, responder con su patrimonio.

Pero volviendo al tema de la separabilidad entre el débito y la responsabilidad, expresiones conceptualmente diferentes y, por tanto, desligables, pueden o no serlo en la realidad, según la teoría que se adopte. Cabe preguntarse entonces, ¿puede alguien deber sin poder ser compelido a cumplir? O, a su turno, ¿puede alguien ser compelido a cumplir sin deber previamente? Son éstos los polémicos casos de deuda sin responsabilidad y de responsabilidad sin deuda.

Para la primera hipótesis, la de deuda sin responsabilidad, se presenta el típico ejemplo de las denominadas obligaciones naturales, en las que se dice que existe un «derecho» —en rigor es un «deber jurídico con contenido patrimonial»— no exigible por medio de una acción. Así tenemos los casos de las obligaciones originadas por el juego y la apuesta no autorizados por ley, en los que no hay acción para reclamar por su resultado; o de las obligaciones en las que se ha declarado prescrita la acción para ejercitarla.

En el segundo supuesto, el de responsabilidad sin deuda, se apela al caso de la fianza, en la que es un tercero quien asume la responsabilidad por incumplimiento del deudor.

No obstante lo señalado, creemos que la separabilidad entre débito y responsabilidad no se puede dar en la práctica, pues son las dos caras de un mismo concepto. En las denominadas obligaciones naturales, en las que se expresa que hay un débito pero no responsabilidad, no estamos ante una relación obligatoria, por lo menos desde un punto de vista jurídico, ya que por definición el derecho debe tener capacidad de coacción estatal, y mal podríamos asimilar una obligación natural al campo de las obligaciones civiles o jurídicas, si no es pasible de cumplimiento forzoso. En todo caso, las obligaciones naturales deben tratarse, como lo hemos señalado, en la condición de deberes jurídicos.

Por otra parte, tampoco existen obligaciones con responsabilidad pero sin deuda. Para que exista responsabilidad se requiere, necesariamente, una deuda. Así, el ejemplo de la fianza resulta engañoso, pues parecería que el fiador no asume también la calidad de obligado frente a la deuda de un tercero, es decir la del deudor ante el acreedor. Si analizamos la figura de la fianza a la luz de los artículos 1868 y siguientes del Código Civil, comprobamos que la relación obligatoria de la fianza, aunque subordinada a una principal, es entre el fiador y el acreedor. Más aún, en el caso de la fianza sin beneficio de excusión (artículo 1883 del Código Civil), el acreedor no requiere accionar previamente contra el deudor, sino puede hacerlo directamente contra el fiador. Existe entonces un débito entre el fiador y el acreedor, sólo que el mismo se encuentra condicionado al cumplimiento del deudor principal. Pero si el fiador no tiene derecho a la excusión de los bienes de su deudor, el acreedor puede accionar, como lo hemos expresado, directamente contra el fiador, sin necesidad de hacerlo de modo previo contra su deudor. En estos casos

—salvando las distancias jurídicas entre ambas instituciones—, el fiador prácticamente estaría actuando como deudor principal.

En conclusión, el débito y la responsabilidad son dos elementos inseparables, que siempre están presentes en la relación obligacional, en la que se encuentran interconectados. Deuda y responsabilidad no pueden constituirse en elementos autónomos y distintos. La responsabilidad sólo se justifica a través de la idea de la obligación jurídica. Se es responsable porque se debe algo. No existe responsabilidad sin deber previamente, y un deber que quiera ser calificado como jurídico, en el sentido de obligación civil, constituye bajo una u otra forma un caso de responsabilidad.

La teoría que hemos desarrollado es importante; nos inclinamos hacia ella, pero sin tratar deuda y responsabilidad como fenómenos independientes y autónomos, sino vinculados por una relación jurídica patrimonial, que le atribuye la característica inseparable de exigibilidad.

Débito, crédito, prestación, vínculo jurídico o relación jurídica, con su atributo de exigibilidad, y patrimonialidad, constituyen, en suma, elementos inseparables en toda obligación civil. Un conjunto que explica su naturaleza jurídica.

## 5. ELEMENTOS DE LA OBLIGACIÓN

La obligación, en nuestro concepto, tiene cuatro elementos:

(a) Los sujetos, es decir, por lo menos un sujeto «pasivo» llamado deudor y, también por lo menos, un sujeto «activo» llamado acreedor. El deudor tiene un débito ante el acreedor y éste, a su turno, tiene un crédito frente al deudor.

(b) Un «vínculo jurídico» o «relación jurídica» entre el deudor y el acreedor.

(c) Un objeto. Este debe ser posible, lícito, determinado o determinable, y patrimonial.

(d) Una causa, en su doble acepción de «causa eficiente» o «fuente de las obligaciones» y «causa legal» o «causa final».

Analizaremos uno a uno los elementos de las obligaciones, dejando constancia de que cargamos la tinta sobre dos temas complejos y controvertidos: la patrimonialidad del objeto y la causa de la obligación.

## 5.1. Sujetos de la obligación

Según Pothier,[45] no hay obligación sin la existencia de dos personas; una que es la que contrae la obligación y otra a favor de quien se haya contraído. Aquél en favor de quien se ha contraído la obligación se llama acreedor; el que la ha contraído se denomina deudor.

Sin embargo, en principio la obligación no se destruye por la muerte de una o de otra, pues se reputa que dicha persona «vive» en la de sus herederos que le suceden en todos sus derechos y obligaciones.

Ésta es una ficción asumida por Pothier, en la que una persona fallecida «vive» para los efectos de que sus herederos asuman los derechos y obligaciones que contrajo. Pero no siempre se transmite la obligación a los herederos; ello sólo ocurre cuando la obligación no es inherente a la persona, o no lo prohíbe la ley o no se ha pactado en contrario (artículo 1218 del Código Civil Peruano de 1984). Y existe adicionalmente la restricción de que el heredero responde de las deudas y cargas de la herencia sólo hasta donde alcancen los bienes de ésta (artículo 661 del Código Civil).

Enseña Busso[46] que por definición todo derecho subjetivo requiere un sujeto. Según el derecho sea concebido como una facultad de actuar o como un interés protegido, el sujeto será la persona cuya voluntad se ampara o cuyo interés se protege.

El derecho personal —especie dentro del género del derecho subjetivo— se integra sobre la base de dos elementos: un crédito y una deuda. Cada uno de ellos es una realidad jurídica distinta, con existencia propia, y tiene su propio titular y sujeto.

La dualidad de los titulares es una necesidad lógica. El derecho personal supone un vínculo que relaciona entre sí a dos sujetos y pone en contacto determinadas virtualidades jurídicas (una pretensión y un deber) del que uno y otro son portadores.

Agrega Busso que todo el contenido del vínculo y todo su rendimiento, tanto en lo relativo al goce como al ejercicio, se dan en relación a cada sujeto. Al sujeto activo le corresponde el título o pretensión y la actividad para hacerlo efectivo. El pasivo soporta la sujeción a los

---

45 POTHIER, Robert Joseph. *Op. cit.*, Primera Parte, pp. 110 y ss.

46 BUSSO, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, pp. 8 y ss.

poderes del acreedor y a él también le incumbe la actividad, en sentido amplio, de dar, hacer o no hacer, lo que la prestación requiera. Opina Sánchez Román, citado por Busso, sobre la actividad del deudor, expresando que es imperativa y condicionante para el acreedor, ya que en las obligaciones el verdadero objeto jurídico es el compromiso contraído por el deudor.

Concluye Busso afirmando que los sujetos activo y pasivo deben ser personas distintas la una de la otra. No sería obligación jurídica el compromiso que una persona contrajera consigo misma. Nadie podría por acto jurídico crear a su cargo obligaciones de las cuales fuera simultáneamente acreedor y deudor.

Por nuestra parte, agregamos que los sujetos son las personas ligadas por el vínculo obligacional y, en principio, deben ser dos, un sujeto activo (acreedor) y un sujeto pasivo (deudor). Nada impide, sin embargo, que existan varios sujetos activos o varios sujetos pasivos, o simultáneamente que en una misma relación obligacional existan pluralidad de sujetos activos y pasivos. Consecuentemente, lo que hay son dos partes: la activa o acreedora y la pasiva o deudora, y esas partes pueden estar formadas por más de una persona.

Es requisito esencial de la relación obligatoria que los sujetos sean determinados o determinables.

Son determinados cuando están individualizados inicialmente.

Son determinables o relativamente indeterminados, cuando la determinación responde a circunstancias que se darán una vez creada la obligación. Así, en el caso de la promesa unilateral, regida por el artículo 1956 del Código Civil, el promitente queda obligado por su sola declaración de voluntad a cumplir una prestación en favor de otra persona, que recién se determinará como acreedora al aparecer cumpliendo con la exigencia de tal promitente.

Otro caso de relativa indeterminabilidad es el de las llamadas obligaciones reales u obligaciones *propter rem*, en las que el sujeto se determina a través de la relación que tiene con un bien. Este caso se da comúnmente en las obligaciones de garantía, en las que el bien gravado va cambiando de propietario y, al momento de la ejecución de la garantía, el deudor ya no es el dueño del bien, sino lo es un nuevo propietario. Este último caso lo analizaremos luego de modo más minucioso.

## 5.2. Vínculo jurídico

Siguiendo el pensamiento de Wayar,[47] afirmamos que es indudable que en virtud de la obligación entre el acreedor y el deudor se establece un «vínculo jurídico» o «relación jurídica». Esta condición, desde Justiniano, se mantiene inalterable. Pero, se pregunta Wayar, ¿cuál es la naturaleza de este vínculo?, ¿es un elemento esencial de la obligación?

Alguien ha afirmado que no es elemento esencial, porque se trata de un factor común a todo derecho subjetivo. Para llegar a este resultado se razona en la forma siguiente: el vínculo está presente en toda obligación jurídica y, por ende, también en la obligación; pero como carece de rasgos peculiares, no se justifica considerarlo elemento típico de esta última.

Tal razonamiento, a decir de Wayar, es doblemente errado, por las siguientes consideraciones.

El hecho de que el vínculo esté presente en toda relación jurídica no basta para negarle el carácter de elemento típico de la obligación, pues con idéntico criterio los sujetos y el objeto, que también integran toda relación jurídica, podrían correr igual suerte. Por ese camino, la obligación quedaría despojada de elementos propios hasta desaparecer como especie, para diluirse en el género «relación jurídica».

Al contrario, es precisamente el vínculo jurídico (el *iuris vinculum* de la definición de las Instituciones), el elemento que revela el carácter personal de la relación crédito-deuda y que explica por qué el acreedor tiene el derecho de exigir y el deudor el deber de cumplir.

El vínculo es un elemento inmaterial, es decir, puramente jurídico, en el sentido de que por medio de la norma jurídica se establece un «nexo» entre el acreedor y el deudor, ubicándolos como polos opuestos en una misma relación jurídica. Esta relación se caracteriza y distingue de otras por las particularidades de ese «enlace» que llamamos vínculo.

Nosotros debemos agregar que es justamente debido a este «vínculo jurídico» que la obligación tiene el carácter de exigible. En caso

---

47 WAYAR, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, tomo I, pp. 112 y ss.

contrario, si una obligación no es exigible, nos encontraremos ante deberes jurídicos o morales, pero no propiamente ante una obligación.

No cabe, pues, relación obligacional en que acreedor y deudor sean entes separados. Ellos, necesariamente, tienen que estar atados por un vínculo jurídico y, por tanto, este constituye elemento esencial de toda obligación.

### 5.3. Objeto de la obligación

Algunos tratadistas distinguen entre el «objeto» de la obligación, como las cosas o los servicios, y «la prestación», como la conducta del deudor que proporciona aquellas cosas o servicios.

Otros autores identifican la «prestación» con el «contenido» de la relación obligatoria.

Algunos otros, en fin, distinguen entre el «objeto» y el «contenido de la obligación»; en tanto que el objeto sería «aquello (bien o utilidad) que le procura al acreedor la satisfacción de su interés», el contenido, que identifican a su turno con la prestación, sería «la conducta que debe desplegar el deudor para que el acreedor obtenga el objeto deseado». Desde esta óptica, constituirían elementos de la obligación tanto el «objeto» como el «contenido».

Nosotros seguimos en esta materia a Albaladejo,[48] quien sostiene que la prestación es el contenido u objeto de la obligación, y está constituida por la conducta en cuya observancia estriba el deber del obligado.

La conducta, a través de la cual el deudor satisface un interés del acreedor, puede consistir en prestaciones de dar, de hacer o de no hacer.

En efecto, la prestación, en las obligaciones de dar, está constituida por la actividad del deudor destinada a la entrega de un bien y por su propia entrega; en las obligaciones de hacer, por la ejecución de un hecho que puede ser material (pintar un cuadro y luego entregarlo al acreedor) o inmaterial (transportar a una persona de un lugar a otro); y en las obligaciones de no hacer, esto es en las

---

48 ALBALADEJO, Manuel. *Derecho Civil*. Barcelona: Librería Bosch, tomo II, p. 15.

obligaciones negativas, por la simple abstención del deudor, quien cumple su obligación no haciendo.

El objeto de la obligación exige, a su turno, la concurrencia de cuatro elementos esenciales: posibilidad, licitud, determinación o determinabilidad, y patrimonialidad. A continuación analizaremos estos conceptos:

### *5.3.1. Posibilidad del objeto*

Según René Demogue,[49] la obligación debe tener un objeto, que por muy material que sea, no sólo debe referirse a una cosa o a un derecho existente o que debiera existir, sino que debe presentar una utilidad para el acreedor. Nosotros estamos en aptitud, en este caso, de sustituir la palabra «utilidad», empleada por Demogue, por la palabra «posibilidad», para llegar al mismo fin.

En nuestra opinión, el primer requisito del objeto, la posibilidad, proviene del principio de que «nadie puede estar obligado a lo imposible», recogido en nuestra legislación por el artículo 140 del Código Civil, el mismo que señala en su inciso 2 que para la validez del acto jurídico se requiere un objeto física y jurídicamente posible.

La imposibilidad puede ser objetiva o absoluta, cuando es imposible para todos (por ejemplo, vender la Plaza Mayor de Lima); o subjetiva o relativa, al ser imposible sólo para un obligado en particular (por ejemplo, hacer correr a una persona lisiada de las piernas).

A su vez, la imposibilidad puede ser originaria o subsiguiente. Será originaria si dicha imposibilidad se da al momento en que nace la obligación, y subsiguiente si se produce una vez creada la relación obligacional. Para efectos de este requisito sólo se considera imposible la originaria, pues en la subsiguiente la obligación ya nació con una prestación válida, y en todo caso, al no poder ejecutarse dicha prestación, el deudor indemnizará a su acreedor por los daños y perjuicios causados, de acuerdo con el dolo o grado de culpa en que incurra, salvo que su cumplimiento sea imposible sin culpa del deudor.

También existe la imposibilidad de hecho o de derecho. Será de hecho cuando es la acción en sí, a la que se está obligando el deudor, la

---

49 DEMOGUE, René. *Op. cit.*, tomo I, pp. 576 y ss.

que resulta imposible (por ejemplo, conseguir para su venta caballos con alas). Es de derecho cuando, siendo físicamente posible, está prohibida por la ley (por ejemplo, vender un bien público como la Plaza San Martín de Lima); o cuando el medio empleado no es el previsto por la ley para obtener el fin deseado (por ejemplo, adoptar mediante un contrato). Los dos casos suponen una imposibilidad que impide el surgimiento de la obligación (artículos 140, inciso 2, y 219, inciso 3, del Código Civil).

Finalmente, la imposibilidad puede ser total o parcial, según afecte a toda o a parte de la prestación. Si la imposibilidad es total, la obligación simplemente no nace; si es parcial, dependerá de la decisión del acreedor, ya que la prestación no puede ser cumplida parcialmente, según lo dispone el artículo 1221 del Código Civil.

### 5.3.2. *Licitud del objeto*

Señala Manuel Albaladejo[50] que existen dos casos en que no es digna de protección la obtención del fin mediante una prestación jurídica obligatoria, a saber: 1) Cuando el fin en sí es jurídicamente rechazable (por ejemplo, asesinar); 2) Cuando no siendo rechazable el fin en sí, es ilícito quedar jurídicamente constreñido a satisfacerlo; se estima, por tanto, que en determinadas materias ha de haber libertad que no debe disminuirse o excluirse, obligándose el deudor a ciertas prestaciones (por ejemplo, cambiar de religión).

En nuestra opinión, el requisito de la licitud se refiere a que la conducta en que consiste la prestación no debe estar prohibida por la ley, ni ser contraria a las buenas costumbres o al orden público. Así, por ejemplo, no sería exigible ni jurídicamente tutelada la obligación de dar cien kilogramos de cocaína para su comercialización ilegal, o una obligación consistente en ejecutar un secuestro o un asesinato. Este principio se encuentra regido genéricamente por el artículo V del Título Preliminar del Código Civil, que señala: «Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres». Además, el caso también está previsto por los artículos 140, inciso 3, y 219, inciso 4, del Código Civil.

---

50 ALBALADEJO, Manuel. *Op. cit.*, vol. II, tomo II, p. 19.

### 5.3.3. *Determinación o determinabilidad del objeto*

Así como los sujetos de la obligación deben ser determinados o determinables, la prestación también tiene que serlo. Si no fuera así, el acreedor podría exigir a su deudor cualquier prestación, y lo mismo podría hacer el deudor al tiempo del cumplimiento, con lo cual la función de satisfacer un interés tutelado sería absolutamente irrelevante.

Existen tres criterios para determinar la prestación. El primero, el más común, consiste en que las partes la pacten de común acuerdo. Otra forma es posible sobre la base de elementos objetivos (por ejemplo, acordar que el precio de un bien se establezca en función al valor en bolsa o al valor en el mercado, en determinado lugar y día, conforme lo prevé el artículo 1545 del Código Civil). Y, finalmente, a partir de elementos subjetivos (por ejemplo, la elección de la prestación, en las obligaciones de dar bienes inciertos, por un tercero ajeno a la relación jurídica, por aplicación de los principios de elección contenidos en el artículo 1143, segundo párrafo, del Código Civil).

### 5.3.4. *Patrimonialidad de la obligación*

Ingresamos al polémico tema de la patrimonialidad de la obligación.

Las posiciones en esta materia son encontradas y, frecuentemente, se ofrecen con no poca dosis de aspereza. Para analizar el tema cabalmente vamos a referirnos, y en extenso, antes de dar nuestra propia opinión, a la forma como tratan el tema distinguidos comentaristas del Derecho de Obligaciones.

René Demogue[51] se pregunta si la obligación tiene necesariamente un contenido de valor económico.

Se dijo, expresa Demogue, que la prestación debía tener siempre un valor pecuniario. Unos vieron esta fórmula en términos absolutos, otros en una forma atenuada, diciendo que la obligación con fin no económico debe ser el cumplimiento de una obligación natural, o admitiendo que el resultado no económico es, no obstante, de naturaleza monetariamente obtenida: como la promesa de un lugar en el teatro, de una lección de artes de adorno, etc.

---

51 DEMOGUE, René. *Op. cit.*, Parte Primera, Capítulo Primero, tomo I, pp. 8 y ss.

Unos, como Giorgi o Crome, relacionan su opinión con el hecho de que la obligación es patrimonial. Pero, se pregunta Demogue, ¿se impone esto como una necesidad?

Otros autores, como Kohier, se niegan a considerar el interés moral debido a la dificultad de sanción, pues el abono por daños y perjuicios no es una sanción conveniente. Pero, a pesar de la insuficiencia del abono por daños y perjuicios para satisfacer plenamente al deudor, ¿no sería mejor admitir este abono o aceptar otra sanción antes de dejar sin protección los intereses allí previstos?

La imperfección de las sanciones no puede constituir una objeción a la protección de estos intereses. Dice Demogue que, como lo expresó muy bien Carboni, el Derecho reconoce la facultad de actuar ahí donde es posible y como sea posible. El carácter incalculable del daño moral no puede suprimir la protección de la víctima. La prestación no será un equivalente, sino algo casi subrogado.

Polacco, quien niega que la obligación pueda tener un objeto de carácter no patrimonial, sostiene un sistema especial, refiriéndose, por ejemplo, al derecho de la persona o de la familia. Él rechaza el carácter de obligación en la deuda alimentaria, en el deber de fidelidad entre esposos o en las obligaciones que atañen al Derecho Público. Éstas tendrían solamente una sanción patrimonial. Distinción muy sutil, por cierto.

Demogue concluye considerando que se debe establecer el límite de las obligaciones por su objeto, pero apreciando en cada caso las sanciones que implica un deber jurídico. La obligación alimentaria es una obligación propiamente dicha, pues importa las sanciones ordinarias. El deber de fidelidad no sería una obligación si sólo obtuviera como sanción la posibilidad del divorcio. Pero habiéndose admitido en la práctica que implica una sanción pecuniaria, es ciertamente una obligación.

Por su parte, Héctor Lafaille[52] señala que la obligación posee tres rasgos característicos:

(a) El primero, aunque con carácter relativo, finca en el valor patrimonial de la prestación, que se presenta como regla en los derechos creditorios, y solamente en contados casos para los de la familia.

---

52 LAFAILLE, Héctor. *Op. cit.*, tomo VI, vol. I, pp. 19 y ss.

(b) La mayor influencia de los factores éticos y sociales, que puede observarse respecto de los segundos, en que los deberes del padre hacia el hijo, de los cónyuges entre sí, etc., responden a motivos de aquella índole, y no a los que corrientemente determinan las obligaciones en su sentido estricto.

(c) Como consecuencia, el incumplimiento de los primeros impone resarcir por los daños y perjuicios; al paso que los deberes conyugales, cuando son transgredidos, conducen al divorcio o a la separación de bienes, con efectos que inciden en el régimen de los gananciales y de las herencias.

Agrega Lafaille que con un razonamiento simplista algunos autores sostienen como un postulado el valor patrimonial de la prestación. Sin embargo, añade que la separación no se presentaba con tanta claridad y, entre los supuestos típicamente patrimoniales y los que sin duda alguna afectan a las normas de buen vivir y a la ética, media una zona confusa que origina las dificultades.

Cuando aún no se aplicaba en Alemania el Derecho Romano a título de ley supletoria, Ihering, en uno de sus profundos estudios, demostró cómo la realidad jurídica se rebela contra estas barreras y es posible encontrar casos prácticos de obligaciones convencionales, no apreciables inmediatamente en dinero.

Uno de esos ejemplos, que todos repiten, es el de aquel mozo de café que había estipulado con su patrón disponer de la tarde del domingo y que, ante el incumplimiento del principal, solicita ser indemnizado. Cualquier juez rigorista, ajustándose a los cánones legales, podría contestarle que la diversión y su pérdida no sería resarcible; antes bien, se determinaba un ahorro pecuniario al impedirle salir.

Otro supuesto que se presenta consiste en un contrato de arrendamiento, en el cual se pactara el uso y goce del jardín contiguo, propiedad del mismo dueño; o el de un locatario nervioso que impusiera como cláusula la prohibición de hacer ruido.

Aquí, como en la especie precedente, según Lafaille, no aparece afectado el patrimonio del acreedor, pues, si en la primera se trataba de un mero esparcimiento, en las dos últimas juegan consideraciones meramente estéticas o de salud.

Pero, añade Ihering, ni el ser humano obedece tan sólo a móviles pecuniarios, ni el Derecho Civil ampara exclusivamente el patrimonio, aunque sí, en general, la vida privada de los habitantes, que cuando se lesiona debe repararse.

Por otra parte, no siempre sería exacto que faltara todo elemento apreciable en dinero. El dependiente aludido, si consiguió esa ventaja, debió ser a cambio de algún beneficio para el empleador, generalmente una reducción en el salario; de igual modo que los inquilinos antedichos compararon el uso del jardín o la prohibición de las molestias con un suplemento de precio. Si tal diferencia hubiese constado de un modo explícito, nada impediría exigirla, e idéntico supuesto se produciría si mediase cláusula penal.

El juez, entonces, debe intimar al obligado al cumplimiento de esas prestaciones, so pena de satisfacer determinada suma, o de compensar en cierta medida al perjudicado. La dificultad de establecer semejante equivalencia, según Ihering, no es un obstáculo infranqueable para que se cumpla lo convenido.

Fluye de todo lo manifestado que la preponderancia de ese elemento patrimonial en los derechos creditorios, y aun dentro del trato entre los hombres, no impide que jueguen sentimientos de otra índole (estéticos, afectivos, intelectuales, etc.), que no por ello deben desecharse.

Alfredo Colmo[53] dice que el asunto de la patrimonialidad parece surgir en todos aquellos casos en que se trate de obligaciones que emanen de actos jurídicos, sobre todo de contratos.

Añade Colmo que en materia delictual y cuasidelictual, el objeto de una obligación puede o no implicar por sí valor patrimonial alguno, ya que la obligación legal de respetar la integridad corporal, el honor o la vida de una persona, no es de contenido pecuniario, no obstante que la violación de la misma acarrea responsabilidad con la consiguiente indemnización, exactamente como en los supuestos de las obligaciones exclusivamente económicas.

Tal antinomia, agrega Colmo, es casi tradicional y resulta corriente en el Derecho Civil: la obligación extracontractual no requiere, a diferencia de la contractual, una prestación u objeto económico.

---

53 COLMO, Alfredo. *Op. cit.*, pp. 23 y ss.

Si el Derecho Civil, afirma Colmo, se limitara a reglar la vida económica, la actividad de los negocios y la faz de los intereses pecuniarios de la colectividad, no resultaría posible dudar acerca de la necesidad de que la prestación obligatoria de una convención entrañe valor patrimonial. Si, por el contrario, el Código Civil no es un Código de «derecho privado económico» sino un Código de la entera vida civil (económica, social, cultural, etc.), entonces la solución adversa debe ser admitida.

Esta segunda solución, sin duda, es la más aceptable. La vida no es una suma de relaciones económicas. Bien lejos está de ello.

La prestación que se llama económica (una cosa, un bien) entraña factores políticos y hasta morales, como son, por ejemplo, la circulación de valores, el respeto de la palabra empeñada, la tranquilidad social, etc.

En la prestación que se llama no económica (la educación de un niño, el honor de una persona, etc.), hay valores económicos evidentes, como son los que dependen de la capacidad intelectual y productora de ese niño, de la reputación manchada, etc.

Colmo concluye afirmando que la doctrina del valor patrimonial de la prestación es simplemente insostenible. Se funda en una circunstancia general (ordinariamente la prestación reviste ese valor), que se requiere convertir en absoluta (debe siempre tener valor económico), con grave olvido de la circunstancia de que en lo progresivo del tiempo y la cultura los valores morales se van afirmando más y más y se convierten en exigibles.

Luis de Gásperi[54] cita a Colmo con la tesis que antes hemos desarrollado.

Sin embargo, según De Gásperi, técnicamente no es posible dar el nombre de «obligación» al deber de respetar la integridad orgánica de las personas. No siendo una relación jurídica cierta, establecida entre sujetos determinados, mal se puede hablar de su contenido, que sólo está en potencia.

La obligación de indemnizar a cargo del autor de un hecho ilícito del Derecho Civil o del Derecho Criminal, añade De Gásperi, nace, sin

---

[54] DE GÁSPERI, Luis. *Tratado de las Obligaciones en el Derecho Civil Paraguayo y Argentino*. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1945-1946, tomo I, pp. 57 y ss.

duda, de la violación del precepto legal, pero éste supone la comisión del hecho. Cuando el hecho ilícito se produce, ella queda constituida. La sentencia no crea la obligación sino que la reconoce. Su contenido es eminentemente económico y, como tal, se incorpora a la circulación de los bienes. Tiene valor de cambio. Puede pasar de una economía a otra.

Entre esta obligación y aquel deber hay, sin duda, una relación inmediata, que es la que surge entre el aspecto económico y el aspecto ético del problema social de la justicia.

Luego De Gásperi cita a Windscheid y a Ihering, quienes estuvieron entre los primeros en negar la pretendida necesidad de valor patrimonial de las prestaciones obligatorias, principio que se atribuye a Gayo.

La verdad, según De Gásperi, es que Ihering no desvirtúa la regla según la cual el único procedimiento admitido por el Derecho de las Obligaciones para proteger y sancionar aun los intereses no pecuniarios, consiste en valuarlos o apreciarlos en dinero. El estudio de Ihering sólo prueba que hay pretensiones convencionales, aunque no aparentemente remuneradas.

De Gásperi cita nuevamente a Ihering, expresando que el «error nefasto que ella (la teoría del valor patrimonial de la prestación obligatoria) comete al aplicar su punto de vista, consiste en que lo restringe, por decirlo abreviadamente, a la producción patrimonial y pierde de vista el consumo patrimonial».

Según De Gásperi, no debemos atribuir a la teoría del valor patrimonial de las prestaciones las consecuencias a que su aplicación conduce, sino a la concepción del patrimonio según la cual éste comprende sólo los derechos de crédito y los derechos reales, y excluye los derechos de familia y la potestad inherente a la autoridad natural o legal de que una persona se halla investida respecto de otra.

De Gásperi concluye afirmando que si el consenso universal de los tratadistas y de las obligaciones positivas admitiera como contenido activo del patrimonio no sólo los derechos y las obligaciones apreciables en dinero, sino también los bienes que, según la expresión de Ihering, son «ideales», como el placer, la salud, la comodidad, etc., ya que según él el fin del Derecho consiste «en asegurar las condiciones de vida de la sociedad, por el poder coactivo del Estado», el problema quedaría satisfactoriamente resuelto con su tesis.

Pero si algo hay doctrinariamente admisible en esta materia, es precisamente la ampliación de la «soberanía privada» por la incorporación al concepto de patrimonio de otros derechos que los ya señalados y que de él vienen haciendo parte desde la época de Justiniano. Sólo que este punto es de los más espinosos del Derecho Civil, por la imposibilidad de un acuerdo siquiera teórico de los juristas a su respecto.

Según Raymundo M. Salvat,[55] se ha discutido si las obligaciones deben tener por objeto exclusivamente prestaciones de carácter económico o no. Es indudable, añade Salvat, que en materia de obligaciones derivadas de los contratos, la idea fundamental del Código Civil ha sido que la prestación debe ser susceptible de una apreciación pecuniaria. En las mismas obligaciones derivadas de los hechos ilícitos, la reparación del daño causado por ellos, sea material o moral, se resuelve en una indemnización pecuniaria que fijará el juez.

Sin embargo, agrega, en muchos casos las obligaciones tienen por objeto la protección de intereses puramente morales y, en consecuencia, se encuentran también obligaciones de contenido puramente moral, como por ejemplo todas las relativas a los derechos y obligaciones emergentes de las relaciones personales de los esposos, de los padres con los hijos o de los tutores con los pupilos.

Es indudable, por otra parte, según Salvat, que el Derecho nos ofrece muchas veces casos de obligaciones que responden a intereses puramente morales o afectivos y que, sin embargo, traduciéndose a aspectos económicos, son materia de protección legal: así, la persona que alquila un palco en un teatro por toda una temporada, la que contrata con un profesor célebre un curso de lecciones, tienen en vista, seguramente, proporcionarse los placeres del arte o la ilustración de la ciencia, pero hay al mismo tiempo el valor económico de la representación o de las lecciones, y esto puede dar lugar, en ciertos casos al menos, a sanciones de carácter pecuniario.

Partiendo de esas ideas, Salvat cree que no puede admitirse, como un principio absoluto, que una obligación deba tener por objeto, siempre y exclusivamente, prestaciones de carácter económico.

---

55 SALVAT, Raymundo M. *Op. cit.*, tomo I, pp. 28 y ss.

El notorio predominio del valor patrimonial de la prestación, señala Salvat, está dado por las circunstancias de que la obligación origina créditos y que los derechos creditorios integran el patrimonio. Pero ello no significa que no exista obligación jurídica o que carezca de objeto la obligación cuyo objeto no reporte al acreedor ventajas apreciables en dinero.

Agrega Salvat que el Derecho no ampara únicamente bienes económicos. La norma jurídica perdería su alto sentido social, si se considera impotente para proteger valores de afección, bienes inmateriales, por la sola circunstancia de no tener expresión monetaria.

Los Códigos modernos, concluye Salvat, destacan ya, en forma expresa, que no es esencial el valor patrimonial para que exista prestación válida.

Por su parte, Luis María Rezzónico,[56] citando a Lafaille, expresa que entre las obligaciones emergentes del Derecho de Familia y las que constituyen el Derecho de Obligaciones o derechos creditorios propiamente dichos, median diferencias fundamentales.

Los derechos personales en las relaciones de familia, sólo por excepción (por ejemplo, en el caso del derecho de alimentos que tienen entre sí ciertos parientes), se traducen en prestaciones apreciables en dinero, mientras por regla general los derechos creditorios se traducen en prestaciones de esa naturaleza, económica, patrimonial.

Los derechos personales en las relaciones de familia están fundados sobre todo en razones éticas y sociales (así, los deberes de fidelidad, de ayuda mutua, de convivencia, de protección entre los cónyuges, padres e hijos, tutores, curadores y pupilos, etc.); este factor tiene menos importancia en las obligaciones comunes.

Las sanciones por incumplimiento de las obligaciones comunes se traducen generalmente en una indemnización pecuniaria por los daños y perjuicios; el incumplimiento de los deberes personales y emergentes de las relaciones de familia se sancionan de otra manera: con el divorcio, la pérdida de la patria potestad, de la tutela, del derecho hereditario (indignidad, desheredación, etc.).

---

[56] REZZÓNICO, Luis María. *Op. cit.*, vol. I, pp. 31 y ss.

Concluye Rezzónico afirmando que, como lo hace notar el mismo Lafaille, hay autores como Demogue, cuya opinión es que no existe ya diferencia radical entre los derechos creditorios y los derechos de familia, precisamente desde que se reconoce la teoría del valor extrapatrimonial de las prestaciones que constituyen el objeto de las obligaciones.

Antonio de la Vega Vélez[57] expresa que el concepto exclusivamente patrimonial de la obligación peca por exagerado. Agrega que es indudable que las prestaciones, de ordinario, tienen un valor económico. Pero el vínculo jurídico, elemento integrante de la obligación, sigue siendo una relación de persona a persona, de acreedor a deudor, individualmente considerado, para fines que no son forzosamente de índole pecuniaria. Y es asimismo indudable que determinadas prestaciones consisten en actos de naturaleza personal, en que la identidad y aptitudes de los sujetos no son indiferentes, sino preponderantes. A esta clase de obligaciones pertenecen aquéllas cuyo nacimiento depende de una consideración personal.

Las relaciones que el Derecho Civil reglamenta, prosigue De la Vega, ofrecen distintas modalidades. Los derechos y deberes que ligan a los ciudadanos a causa de sus necesidades privadas, pueden originarse por razón de parentesco, por el hecho de la muerte de una persona, y por motivos generalmente económicos, como la adquisición y el intercambio de bienes y servicios. De esta suerte se producen situaciones típicas, que obedecen a normas peculiares. Los vínculos de parentesco son gobernados por el llamado Derecho de Familia; los que emergen del hecho de la muerte de una persona, obedecen a las reglas que constituyen el Derecho de Sucesión *mortis causa*; y los que se derivan de intereses que casi siempre tienen cariz pecuniario, constituyen los derechos llamados patrimoniales, cuyo conjunto es considerado por algunos autores como rama independiente del Derecho Privado, bajo el nombre de «Derecho Privado Económico».

Para De la Vega, las obligaciones familiares, comparadas con las relaciones obligatorias patrimoniales, tienen diferentes características, a saber:

---

57 DE LA VEGA VÉLEZ, Antonio. *Op. cit.*, pp. 10 y ss.

(a) Las obligaciones del Derecho de Familia se desprenden de facultades típicas que se ejercen de persona a persona, como la patria potestad y la autoridad marital y se basan en deberes morales elevados por la ley a la categoría de preceptos jurídicos.

Agrega De la Vega, que a veces en las relaciones entre parientes, se crean obligaciones de contenido económico que envuelven modalidades análogas a las del derecho de crédito. Tal es el caso de la obligación legal de pagar una pensión alimenticia que existe entre determinadas personas unidas por vínculos familiares. A estas obligaciones intermedias, por su dualidad de caracteres, Sánchez Román las llama ético-jurídicas.

(b) Las obligaciones del Derecho de Familia, a diferencia de los créditos, no se dirigen únicamente a obtener la satisfacción de un interés determinado del acreedor, sino a imponer y observar una conducta personal y directa del obligado; de modo que no se concibe que tales prestaciones puedan ejecutarse por un tercero, en lugar del sujeto pasivo de la relación familiar.

(c) Las obligaciones del Derecho de Familia, por lo general, son a la vez derechos y deberes, a la par que confieren una facultad, imponen una sujeción. En la obligación propiamente dicha, el papel que corresponde desempeñar al acreedor y al deudor está completamente delimitado. Al sujeto activo toca exigir la prestación debida; al sujeto pasivo, ejecutarla.

De la Vega concluye expresando que en el Derecho de Sucesión *mortis causa* dominan relaciones de naturaleza peculiarísima, que se deducen todas del hecho de la muerte de la persona. Las relaciones que establece el derecho de crédito, aunque sufren su influencia, no dependen de ese evento jurídico, y existen, se modifican, transmiten y extinguen con independencia de él.

Definitivamente es la patrimonialidad, como antes lo expresamos, el requisito más complejo de todos los señalados, a tal punto que existen profundas divergencias en la doctrina sobre el concepto de patrimonialidad de la prestación o si éste debe ser considerado como exigencia esencial.

En la legislación peruana la patrimonialidad de la prestación no es requerida directamente por ninguna norma relativa al Derecho de Obligaciones. Pero, a partir de una interpretación sistemática, en espe-

cial de la parte relativa a los contratos, la fuente más importante de las obligaciones, concluimos en que la patrimonialidad debe estar presente en la prestación.

El artículo 1351 del Código Civil define al contrato como el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial. Siendo el contrato una fuente de las obligaciones, él crea, justamente, una obligación que es considerada una relación jurídica con contenido patrimonial. Esto se corrobora cuando el artículo 1402 del Código Civil señala que el objeto del contrato consiste en crear, regular, modificar o extinguir obligaciones. Consecuentemente, si es éste el objeto del contrato, entonces la obligación, cuando de él emana, debe tener carácter patrimonial.

El problema de fondo, sin embargo, está en determinar qué se entiende por patrimonialidad. Pasaremos, por ello, a resumir las principales concepciones expuestas, dentro de las innumerables que existen.

Una corriente de pensamiento sostiene que la patrimonialidad se caracteriza porque la prestación es valuable en dinero. Se argumenta que cualquier conducta o comportamiento que tenga un valor monetario es patrimonial. Consideramos, sin embargo, que esta concepción no satisface plenamente la función de la patrimonialidad, ya que bastaría que a una conducta típicamente no patrimonial, como por ejemplo a una adopción, se agregara un factor monetario, en el ejemplo citado el pago de 10,000.00 nuevos soles a cambio de ser adoptado, para convertirla en una relación patrimonial. De esta forma, la función de la patrimonialidad, que justamente consiste en distinguir las conductas no patrimoniales de las patrimoniales, sería fácilmente burlada.

Una segunda teoría plantea que la patrimonialidad se define por la contraprestación que se da a cambio de la conducta realizada. Es una teoría en principio acertada, pero no explica todos los casos, como por ejemplo la donación, en la que no hay contraprestación y, sin embargo, se aplican las reglas de las relaciones patrimoniales.

En opinión nuestra, las obligaciones civiles tienen necesariamente contenido patrimonial. Por eso, en los ejemplos propuestos por Ihering debe admitirse su significación patrimonial por razón de la contraprestación, o de las consecuencias económicas que su inejecución origine, o de las conductas a través de las cuales se va a satisfacer un interés.

Así, el mozo de café al que su patrón le impidió disponer de la tarde del domingo, o la negativa a que el acreedor disfrute del jardín contiguo, o violar la cláusula contractual que prohíbe hacer ruido, además de la eventual contraprestación económica sufragada por el acreedor, podría irrogar daños y perjuicios para el acreedor de tales prestaciones, e inclusive, en su caso, el pago de una cláusula penal. Se trata, en suma, de conductas que sí tienen contenido patrimonial.

El carácter patrimonial de una relación jurídica debe considerarse analizándola en su totalidad, relacionando las dos prestaciones, sin que sea indispensable que ellas sean valorables en dinero, pues puede existir un ingrediente distinto de la patrimonialidad, que constituiría su correctivo.

En conclusión, y como regla general, la patrimonialidad no se define únicamente por una valuación monetaria, o por una contraprestación, o por un correctivo, o por un interés subjetivo, sino por la prestación en sí, objetivamente considerada. Será el orden jurídico y social, de un tiempo y espacio específico, encarnado por los Tribunales de Justicia, que determinará cuándo una conducta justifica un sacrificio económico para lograr la satisfacción de un interés, que es justamente lo que constituye la patrimonialidad de la prestación.

Los deberes, reiteramos, trátese de deberes jurídicos con contenido patrimonial, o sin él, de deberes morales o de deberes generales, tienen naturaleza distinta. Ellos pueden o no originar consecuencias patrimoniales, según hemos visto, por su inejecución, pero no constituyen obligaciones civiles.

Tal vez la confusión surge porque existen deberes que la ley impone —deberes que podríamos denominar con «rango de ley»—, pero que, sin embargo, no dejan de ser meros deberes, que pueden, ocasionalmente, convertirse en obligaciones civiles con contenido patrimonial.

### 5.4. Causa de la obligación

Eduardo B. Busso[58] adopta la doctrina que admite dos causas como fuentes de la obligación: la ley y los actos jurídicos.

---

[58] BUSSO, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo III, pp. 76 y ss.

Sostiene Busso que los hechos jurídicos y otros elementos que figuren como antecedentes de la obligación no pueden constituir «causa», porque la obligación no ha surgido de su virtualidad jurídica.

Quedan comprendidas en el grupo de las obligaciones legales, según Busso, las nacidas de los delitos, cuasidelitos, cuasicontratos y enriquecimiento sin causa. También las obligaciones impuestas directamente por la ley en virtud de un presupuesto cualquiera: alimentos, vecindad, etc.

Agrega que la unificación de los delitos, cuasidelitos, cuasicontratos, etc., en el grupo de las obligaciones legales, es sólo a efectos de clasificar las fuentes de las obligaciones y no impide reconocer las modalidades que son características y peculiares a cada uno de estos tipos. La obligación delictual origina así una indemnización que se debe integrar en forma distinta a la que corresponda cuando se trate de cuasidelitos. Pero estas especificaciones no impiden agruparlas a todas ellas cuando se trata de referirse a su fuente, origen o causa. La clasificación de las fuentes no tiene por qué confundirse con la clasificación de las obligaciones.

Según Busso, la norma legal que consagra el principio de la autonomía de la voluntad es simplemente de orden permisivo, pero permitir no es crear, ni consentir es determinar. La ley no es fuente de las obligaciones convencionales que los particulares contraigan en el ejercicio de su libertad jurídica, porque ella no aporta ningún elemento activo a la integración de esas obligaciones. Es un antecedente remoto, indiferente al efectivo nacimiento de cualquier obligación concreta.

Sostiene, además, que la permisión de los contratos no importa —por otra parte— una concesión graciosa de la ley civil positiva. La libertad de contratar queda incluida en las libertades fundamentales que garantiza la Constitución Nacional. Si se sostiene que la ley civil es fuente de las obligaciones convencionales, porque ella las permite, lo mismo habría que decir de la ley constitucional, porque las garantiza.

Recuerda el citado profesor argentino, que se dice también que la ley es fuente de las obligaciones porque a todas les confiere la acción que asegura el carácter coercitivo necesario para que existan obligaciones propiamente dichas. Anota que a esta opinión puede replicarse que no debe confundirse la acción con la obligación: la primera se refiere a la efectividad del vínculo pero no a su existencia.

Finalmente, dice Busso, los principios generales del Derecho no constituyen una nueva fuente de obligaciones, sino una aplicación de la voluntad legal a la creación de obligaciones en forma mediata y a través de la intervención del juez, obrando en la interpretación de principios no escritos en la ley positiva.

Domat, citado por Busso, se refería a la causa de las obligaciones diciendo que «la obligación que se forma en las convenciones a título oneroso, a favor de uno de los contratantes, tiene siempre su causa de parte del otro; y la obligación sería nula si en realidad careciese de causa».

Capitant, también citado por Busso, se refiere a la causa de las obligaciones. Es un error —dice— aludir exclusivamente a la causa de las obligaciones contractuales, o utilizar la expresión «causa de los contratos». La causa de un contrato, por sí sola, no significa nada. No puede hablarse sino de la causa de las obligaciones asumidas por los contratantes.

Debe señalarse, sin embargo, que la noción «causa del contrato» es de más amplio contenido. En una convención no deben disociarse causas distintas para cada una de las partes, sino referir la causa subjetiva a la producción del resultado objetivo del contrato considerado en su integridad, y así tendremos que en la venta, por ejemplo, la causa será la voluntad de realizar el intercambio de valores que la operación significa. El deseo del comprador de adquirir la cosa y el del vendedor de percibir el precio son dos bienes particulares buscados aisladamente, y deben ser absorbidos en uno más amplio que sea común a ambas partes: el de proceder al cambio. Tal es, en definitiva, la causa del contrato.

Esta concepción, dice Busso, cuantitativamente más amplia, es cualitativamente más profunda en cuanto a investigar la voluntad del agente. No bastará con decir que la obligación del vendedor tuvo por fin el deseo de obtener el precio, sino que habrá que preguntarse qué finalidad perseguía al desear la convención que le importaba el cambio de la cosa por el precio, y esto en definitiva significaría investigar las razones por las cuales quería el precio.

En cuanto a la causa fin, otros autores hacen una clasificación más amplia y distinguen tres fines fundamentales: *donare, solvere* y *credere*. Todo acto que determina una adquisición de bienes, o una transmisión

de valores —dice Savigny—, debe corresponder necesariamente a una de esas tres finalidades. Toda estipulación, para tener plena eficacia y validez, debe ser concluida *donandi causa, solvendi causa* o *credendi causa*.

En realidad, el *donare, solvere* o *credere* son calificaciones abstractas o tipos de causas formales, vacías de contenido. En cada caso concreto esa mera forma de querer se llena de un contenido determinado y específico: el *donare* adquiere sentido en razón de determinados hechos; el *credere* se dirige a la obtención de una prestación especial; y el *solvere* busca el pago de cierta deuda.

Esta clasificación, según Busso, es bastante completa, pues una clasificación general no puede, por lo demás, descender al detalle de los innumerables matices que puede tener la intención del otorgante de un acto jurídico.

Luis María Boffi Boggero[59] expresa que el contrato constituye, en materia de fuentes de las obligaciones, el acto jurídico bilateral que tiene por fin inmediato crear obligaciones.

Recuerda Boffi Boggero que se suele mencionar en el Derecho Argentino, como cuasicontrato, la gestión de negocios, el empleo útil, etc. El cuasicontrato, según algunos, indica una semejanza muy marcada con el contrato. Pero éste entraña inexcusablemente un acuerdo de voluntades, mientras que el cuasicontrato carece por completo de ese acuerdo. Siendo especial y característico este último elemento, no parece que la distancia entre ambas figuras sea tan escasa que denote aproximación alguna. Por eso —señala Boffi Boggero— algún jurista la ha llamado una figura híbrida y en virtud de ello tiende a ser sustituida por el «enriquecimiento indebido» o «sin causa».

El citado tratadista añade que las figuras cuasicontractuales que se han recordado son tan distintas de los contratos, que la terminología sólo puede denotar una similitud entre ellas y las contractuales. Ni asomo muestran, en efecto, del consentimiento, y éste es un elemento esencial del contrato. Los supuestos cuasicontractuales responden mejor al concepto del enriquecimiento sin causa.

---

59 BOFFI BOGGERO, Luis María. *Tratado de las Obligaciones*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1979.

Agrega Boffi Boggero que la sentencia judicial con autoridad de cosa juzgada, es decir cuando no cabe contra ella recurso alguno, ha sido considerada tradicionalmente como declarativa de obligaciones. Pero para una corriente de opinión el juez no hace derecho, no da nacimiento a las obligaciones, se limita a declarar su existencia. Alguien ha pretendido que la sentencia de un juez era una nueva fuente de las obligaciones, supervivencia romana incompatible con nuestro Derecho positivo.

Según Boffi Boggero, en fin, muchos efectúan la clasificación bipartidariamente en fuentes contractuales y extracontractuales. Su fundamento se apoya en la formación de un grupo homogéneo, que es el contractual, y de varias figuras claramente heterogéneas entre sí, entre las cuales hay algunas más semejantes al contrato que a las fuentes derivadas de los hechos lícitos. Tal acontece con la declaración unilateral de voluntad, la cual, siendo acto lícito, está más cerca del contrato que del delito o del cuasidelito, ya que une más el signo común de licitud que el, también común, de carencia de consentimiento.

Pedro N. Cazeaux y Félix A. Trigo Represas[60] afirman, en un extenso discurso, que se suele agregar como fuente autónoma de las obligaciones al «abuso del derecho», en aquellas teorías que no exigen para la configuración de éste la concurrencia de los elementos propios de los actos ilícitos y en especial de la intención de dañar.

Agregan que si el abuso del derecho existe por el solo ejercicio de un derecho contrario al fin social que se tuvo en vista al instituirlo, y con prescindencia de toda imputabilidad, es obvio que si de dicho ejercicio abusivo se deriva un daño a tercero, la obligación de repararlo no encontraría ubicación adecuada en ninguna de las fuentes tradicionales: la fuente sería entonces propiamente «el abuso del derecho».

Nosotros debemos añadir que cualquiera que sea la naturaleza jurídica del denominado abuso del derecho, sobre la que no se ponen de acuerdo los autores, la fuente de la relación obligacional para resarcir tal abuso sería, sin duda alguna, la ley.

Según Cazeaux y Trigo Represas, la ley puede ser fuente mediata o inmediata de las relaciones obligacionales, aunque generalmente lo sea

---

[60] CAZEAUX, Pedro N. y Félix A. TRIGO REPRESAS. *Op. cit.*, tomo II, pp. 533 y ss.

sólo en la primera forma, ya que siendo las obligaciones realidades que existen en el ordenamiento jurídico, es forzoso que sean consentidas por la norma que reglamente esas realidades. Pero en todos estos supuestos se trata propiamente de normas genéricas que regulan de manera mediata el nacimiento de las obligaciones, el cual recién operará cuando se produzcan los diversos hechos o circunstancias concretas que dentro del marco permisivo señalado por la ley, sirvan a las obligaciones de causa próxima e inmediata.

Pero acá nos interesa la ley como fuente inmediata o específica de obligaciones; o sea, cuando por su sola autoridad da nacimiento a una relación obligacional concreta, con acreedor, deudor y prestación debida, con independencia de todo acto voluntario o de comportamiento del sujeto.

Llambías[61] también expresa que es elemento esencial de la obligación su causa eficiente o fuente, esto es, el hecho que la ha originado. No es posible pensar en una obligación que exista porque sí, independientemente de un hecho que la antecede y que la haya producido.

Agrega Llambías, citando a Planiol, que éste considera sólo dos fuentes de las obligaciones: el contrato y la ley.

En el contrato, la voluntad de las partes forma la obligación, y determina a la vez su objeto y extensión; el legislador no interviene más que para sancionar la obra de las partes, dándole una acción, y para controlar su actividad limitando la libertad de los contratantes por medio de prohibiciones y nulidades.

En ausencia de un contrato, el nacimiento de una obligación no puede provenir sino de la ley: si el deudor está obligado no es porque él lo haya querido sino porque lo quiere el legislador. Así, pues, todas las obligaciones no convencionales tienen por fuente a la ley; son obligaciones legales.

Contra este parecer ha respondido Josserand que no es dable equiparar el contrato a la ley, porque precisamente recibe de ésta su fuerza y virtualidad jurídica. Empero, cabe replicar que no se trata de equiparar sino de advertir que el contrato, como hecho originario de

---

61 LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, tomo I, pp. 40 y ss.

obligaciones, tiene una fuerza que la propia ley no puede dejar de reconocer. El análisis de Planiol es, en ese sentido, exacto, pero en opinión de Llambías ha quedado a mitad de camino, porque hay, fuera del contrato, otros hechos que entrañan una energía creadora de obligaciones que el Derecho no puede desconocer.

Ernesto Clemente Wayar,[62] en fin, señala que según el artículo 499 del Código Civil Argentino, no hay obligación sin causa, es decir, sin que sea derivada de uno de los hechos o de uno de los actos lícitos o ilícitos, de las relaciones de familia o de las relaciones civiles. Ello permite, según Wayar, efectuar la siguiente enumeración:

(a) El contrato, que es el acuerdo de voluntades por medio del cual las personas reglamentan el ejercicio de ciertos derechos u obligaciones que les conciernen.

(b) El delito, el mismo que está comprendido dentro del género de los actos ilícitos y se caracteriza por el hecho de que se le ejecuta a sabiendas y con intención de dañar a la persona o los derechos de otro.

(c) El cuasidelito, que es otra especie de acto ilícito que se caracteriza porque se le ejecuta sin intención, pero con culpa o negligencia.

(d) Hechos que provocan daños sin culpa del autor, que son los que engendran responsabilidad objetiva, pues en ellos no hay delito ni cuasidelito. Por ejemplo, la teoría del riesgo.

(e) La declaración unilateral de voluntad, como por ejemplo la oferta al público.

(f) El enriquecimiento sin causa.

(g) Los propios actos, lo cual significa que una persona queda obligada cuando sus actos han suscitado en otra una fundada confianza en la realización de determinada conducta futura, según el sentido objetivamente deducido de los actos anteriores.

(h) Otros actos reglamentados por la ley, pues dado que no es posible enumerar taxativamente todos los hechos-fuente, conviene dejar sentado que todo hecho al cual la ley reconozca fuerza vinculante debe ser tratado como hecho-fuente.

---

62 WAYAR, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, tomo I, pp. 151 y ss.

Agrega Wayar que existen otros supuestos controvertidos, como las relaciones contractuales de hecho, designando por tales a aquellas relaciones jurídicas en cuyo nacimiento no se observa con claridad un acuerdo de voluntades, no obstante lo cual da lugar a la formación de obligaciones contractuales.

Otra fuente controvertida, según Wayar, sería la equidad, esto es la expresión del Derecho Natural que opera como fuente de ciertos vínculos obligatorios; por ejemplo, de las obligaciones naturales. Dice Wayar que esta afirmación deviene en incorrecta, pues la equidad no es la causa de la cual nace el vínculo, pero sí es el fundamento que explica por qué cuando el deudor paga voluntariamente no puede repetir lo pagado.

Por nuestra parte, le otorgamos a la palabra «causa» tres acepciones. Dos de ellas corresponden a los elementos de las obligaciones y la otra a los contratos.

Nos referimos a la «causa eficiente» o «fuente de las obligaciones», a la «causa legal» o «final», y a la «causa ocasional» o «motivo determinante del acto jurídico».

### *5.4.1. Causa eficiente o causa fuente de las obligaciones*

Antiguamente, en el Derecho Romano —y esta concepción es recogida por legislaciones modernas— se distinguían cinco fuentes de las obligaciones, esto es los contratos, los cuasicontratos, los delitos, los cuasidelitos y la ley.

Los contratos eran los acuerdos de voluntad de dos o más personas para crear obligaciones. Los cuasicontratos eran aquellos actos que, sin constituir acuerdos de voluntad como en los contratos, generaban efectos similares a éstos. Los delitos se presentaban cuando una persona que actuaba dolosamente causaba un daño a otra. El cuasidelito se configuraba por la producción de un daño originado en el actuar negligente de una persona. La obligación, en fin, también podía emanar de una disposición de la ley.

Esta clasificación, en nuestro concepto, no debe ser acogida por el Derecho moderno. Aquí seguimos casi en forma rigurosa a Planiol. Las únicas «causas eficientes» o «fuentes de las obligaciones», son la voluntad y la ley.

Son voluntarias aquéllas que tienen su origen en la manifestación de voluntad de una persona, pudiendo ser bilaterales (por ejemplo, los contratos en general) o unilaterales (como sería el caso de una disposición testamentaria, por citar un ejemplo ilustrativo). Son legales aquéllas que surgen de un mandato de la ley.

Deben pues descartarse, a nuestro juicio, las antiguas teorías romanas, acogidas por tratadistas modernos, que han dado origen a numerosos Códigos que todavía efectúan enunciados obsoletos de las fuentes de las obligaciones.

### *5.4.2. Causa legal o causa final de las obligaciones*

Pero la causa de la obligación no se agota con la denominada «causa eficiente» o «causa fuente». Existe también como elemento de la relación obligacional, y con la categoría de esencial, la denominada «causa legal» o «causa final».

La causa responde, en esta acepción, a la pregunta ¿por qué se debe?; a diferencia del consentimiento, que responde a la interrogante ¿ha querido deber?; y al objeto, que responde a la pregunta ¿qué se debe?

Vamos a referirnos, en primer término, a la causa de la obligación vinculada al contrato.

Hemos visto que la causa de la obligación es un elemento distinto del consentimiento y del objeto. La causa, en este sentido, es la razón por la cual asume su obligación el contratante. Ella es siempre abstracta, desligada de la personalidad del contratante, idéntica para cada categoría de contratos. Se diferencia, desde luego, de la causa del contrato, que es la razón, la finalidad o el móvil que determina a cada uno de los contratantes a concluirlo.

Donde más claramente se percibe la causa de la obligación es, sin duda, en los contratos con prestaciones recíprocas, porque ella explica la interdependencia existente, al tiempo de su formación, entre dichas obligaciones. Si en esta clase de contratos las obligaciones no pueden nacer la una sin la otra, es decir, si existe interdependencia en el momento de la formación del contrato, es porque la causa de la obligación de una de las partes está constituida, justamente, por la obligación asumida por la otra parte.

La causa de la obligación, en suma, existe; debe ser lícita, lo que usualmente ocurre por su carácter abstracto; y, finalmente, no debe ser falsa.

Se distingue claramente, en consecuencia, la causa legal o final, vale decir, el fin perseguido por las partes al contraer la obligación, de la fuente o causa eficiente —generada por la voluntad o por la ley— y de la causa del contrato, que obedece, según se ha expresado, a la razón que decide a cada parte a contratar, razón que es personal, ordinariamente reservada y particularmente variable.

Por ello, no sería válido afirmar que la causa de la obligación no debe ser considerada elemento vital en la elaboración del acto jurídico, o que ella sea innecesaria, como parecería sugerirlo el hecho de que no se contemple en norma expresa por los Códigos Alemán, Suizo, Austríaco y Brasileño de 1916, entre otros. La causa es elemento esencial de la existencia de la obligación en el contrato. No cabe negarla. Es posible, legislativamente, prescindir de ella, como lo hace el Libro VI del Código Civil Peruano de 1984; pero esto no significa, en modo alguno, no admitir su existencia.

En lo que respecta a la ley, en fin, la «causa legal» o «causa final» surge precisamente porque ella así lo ordena. Es el caso, por ejemplo, de la obligación que asume aquél que ha incurrido en responsabilidad extracontractual de indemnizar a la víctima. Y, en esta última, la causa de su acreencia ante el victimario también se origina en la propia norma legal.

Por consiguiente, la denominada «causa legal» o «causa final» constituye, conjuntamente con la denominada «causa eficiente» o «fuente de las obligaciones», elemento esencial de la obligación.

### *5.4.3. Causa ocasional o motivo determinante del acto jurídico*

La causa tiene una tercera acepción, pero que es ajena al Derecho de Obligaciones. Nos referimos a la causa del contrato, esto es, a la denominada «causa ocasional» o «motivo determinante del acto jurídico».

El motivo para la celebración de un acto jurídico es totalmente irrelevante, pues pertenece al fuero íntimo o personal de quien contrata. Desde esta óptica el «motivo del acto jurídico» no interesa, pues nadie puede penetrar en las razones que tiene una persona para concertar dicho acto jurídico, si éstas no se revelan.

Sin embargo, la razón por la cual puede adquirir singular interés, inclusive para anular el acto jurídico, es cuando ella se revela en forma expresa y, además, resulta ser falsa. Es lo que se denomina error en el motivo, que sólo vicia el acto cuando expresamente se manifiesta como su razón determinante y es aceptada por la otra parte (artículo 205 del Código Civil Peruano).

Si Pedro adquiere de Juan un terreno en la Avenida Javier Prado de la ciudad de Lima, destinado a construir un edificio de doce pisos, y no revela, al tiempo de concertar el acto jurídico, ese motivo, entonces sería indiferente que existiera previamente a la celebración del contrato, una ordenanza municipal que prohibiera construir, en esa zona, edificios de más de cinco pisos. En este caso los motivos del comprador no se habrían expresado, pertenecerían a su fuero íntimo, y serían irrelevantes al acto jurídico, pues al vendedor no le interesa, en definitiva, el destino que pueda otorgar el comprador al predio que adquiere. Puede comprarlo como inversión; o para construir en él una playa de estacionamiento; o para edificar una casa habitación; o para construir en él un edificio. Estos motivos no interesan al Derecho.

Sin embargo, si el motivo se manifiesta expresamente en el acto jurídico como su razón determinante, y es aceptado por la otra parte, entonces se está introduciendo en ese acto la denominada «causa ocasional» o «motivo determinante del acto jurídico», cuya falsedad originaría su anulación, porque afectaría el consentimiento, o sea la voluntad de una de las partes.

Pero este desarrollo lo hemos efectuado para tratar de demostrar que existe una causa en el acto jurídico, que sólo adquiere trascendencia cuando se revela en forma expresa y es aceptada por la otra parte, y que se trata de un concepto diferente a los elementos esenciales de la obligación, esto es a la «causa eficiente» o «fuente de las obligaciones» y a la «causa legal» o «causa final».

## 6. CLASIFICACIÓN DE LAS OBLIGACIONES

### 6.1. Por su fuente

Ya nos hemos referido a este tema al tratar la teoría de la causa. Ésta, en su sentido de «causa eficiente», constituye la fuente de las obligaciones.

Aquí el Código Civil Peruano de 1984, a diferencia del Código Francés, y siguiendo la técnica del Código Civil Alemán, del Código Federal Suizo de las Obligaciones, del Código Civil Brasileño de 1916 y del propio Código Civil Peruano anterior del año 1936, no menciona cuáles son las fuentes de las obligaciones. Este es un tema que deja librado a la doctrina y a los intérpretes.

Consideramos que este criterio es acertado porque la obligación sólo puede emanar de la voluntad o de la ley. Nos parece artificial, y sin verdadero sustento jurídico, continuar haciendo referencia, por ejemplo, a los cuasicontratos o cuasidelitos.

La voluntad es fuente de la obligación cuando ella así se manifiesta. Por ejemplo, en un contrato de compraventa, la obligación del vendedor de transferir el bien emana de una manifestación de su voluntad y, a su turno, la obligación del comprador de pagar un precio, también emana de esa manifestación. El contrato de donación surge porque el donante se obliga, voluntariamente, a transferir en forma gratuita al donatario la propiedad de un bien. En la promesa unilateral, el promitente queda obligado, por su sola declaración de voluntad, a cumplir una determinada prestación en favor de otra persona. En los testamentos, quien otorga sus disposiciones de última voluntad lo debe hacer espontáneamente, pero las obligaciones que se generan después del fallecimiento del testador obedecen a dicha voluntad. Vemos pues cómo, en todos estos casos, es la voluntad la fuente de la obligación.

La otra fuente es la ley. Cuando una persona causa un daño a otra, por dolo o por culpa, o mediante la utilización de un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, y queda obligada a indemnizar, lo está porque así lo ordena la ley. Es al tiempo en que se origina el daño que el victimario queda obligado a resarcir a la víctima. Pero esta obligación no nace de la voluntad. Obedece a un mandato legal. Lo mismo ocurre, por ejemplo, cuando la ley ordena que se deben alimentos recíprocamente los cónyuges, los ascendientes y descendientes, y los hermanos. En estos casos, con prescindencia de la voluntad, basta el hecho del matrimonio, de las relaciones de filiación o de las fraternas, para que exista la obligación legal de prestar alimentos. Aquí en nada influye la voluntad.

En muchos otros casos, desde luego, pueden presentarse simultáneamente como fuentes de las obligaciones la voluntad y la ley. Por ejemplo, en las obligaciones que surgen de la medianería, es evidente que interviene la voluntad, para construir una pared medianera, pero luego es la ley la que establece las obligaciones emergentes de dicha medianería. En este caso, los romanos aludían al cuasicontrato.

Siguiendo con el raciocinio, podríamos agregar que, en los propios contratos, éstos se celebran por acuerdo entre las partes, es decir, por voluntad de los contratantes, pero que muchas de las consecuencias jurídicas que emanan de esa relación obligacional están previstas por la ley.

No vale la pena, por ello, que en el Derecho moderno nos enfrasquemos en analizar las singularidades de cada acto jurídico o «hecho jurídico», pues toda obligación, necesariamente, emana de la voluntad o de la ley.

Siguiendo con esta clase de obligaciones, Alterini, Ameal y López Cabana las llaman nominadas, en el caso de las contractuales, e innominadas, en el caso de las obligaciones *ex lege*.

Llambías,[63] entre la tradicional clasificación de las obligaciones que efectúa, menciona una que atiende a la causa de la obligación, y distingue entre obligaciones contractuales, extracontractuales y legales. Dice que las primeras derivan de los contratos, las segundas de los hechos ilícitos y las últimas directamente de la ley. Cabría aquí preguntar a Llambías, si las consecuencias de los hechos ilícitos no derivan también de la ley.

### 6.2. Por la naturaleza de la prestación

Aquí ingresamos a una clasificación tradicional. Las obligaciones pueden ser de dar, de hacer o de no hacer.

Las obligaciones de dar consisten en la entrega de un bien; las de hacer, en la ejecución de un hecho (servicio u obra); y las de no hacer, en una abstención.

Las dos primeras son llamadas positivas, pues consisten en una acción. Las de no hacer son denominadas negativas, pues consisten en una omisión.

---

63 LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, tomo II-A, p. 8.

Dice Manuel Albaladejo[64] que las obligaciones se dividen en positivas y negativas, según que la prestación que ha de realizar el deudor consista en una acción o en una omisión, es decir, según esté obligado a obrar (en un sentido o en otro) o a abstenerse.

Como formas de obrar son el dar y hacer, las obligaciones positivas se subdividen en dar y hacer. Englobándose bajo el concepto de «no hacer», es decir, de una obligación negativa, existe una cuarta subcategoría que algunos, por simetría, añaden: las obligaciones de «no dar».

Retomando lo expresado, cabe formular algunas aclaraciones. En primer término, que en las obligaciones de dar también podría haber un hacer, que consistiría en la entrega del bien. Y que en las obligaciones de hacer puede existir un dar o un entregar. En efecto, ciertas obligaciones de hacer son inmateriales, se realizan con la ejecución de un hecho que consiste, simplemente, en la actividad del sujeto, pero que no se traduce, luego, en la entrega de un bien; por ejemplo, cuando una persona se obliga a transportar a otra, entonces la obligación queda cumplida al trasladarla hasta el lugar de su destino. Cuando un abogado se obliga a defender un juicio, de palabra, ante los tribunales, cumple la prestación después de rendido el informe oral. Pero hay casos en que las obligaciones de hacer se traducen en la entrega de un bien. Por ejemplo, si Pedro celebra con Juan un contrato destinado a que este último pinte un cuadro o esculpa una estatua, la obligación es de hacer, porque lo que persigue el acreedor es la actividad del deudor, a través de su industria, arte o cualidades personales. Pero esta obligación de hacer sólo será cumplida por el deudor cuando entregue esa obra de arte, sea el cuadro o la escultura, a su acreedor. Esto es, cuando Juan cumpla cabal e íntegramente la prestación.

Lo anterior explica por qué la ley faculta al acreedor a exigir la ejecución forzada del hecho prometido, a no ser que sea necesario para ello emplear violencia contra la persona del deudor. La ejecución forzada no tiene cabida en el cumplimiento de hechos inmateriales. Por ejemplo, si Pedro contrata a Juan, cantante de fama, para que actúe en un concierto, y este último se rehúsa a hacerlo, entonces Pedro no podrá ejecutar forzadamente la obligación. Tendrá que conformarse,

---

64 ALBALADEJO, Manuel. *Op. cit.*, vol. II, tomo II, pp. 33 y ss.

por ser una obligación *intuitu personae*, con exigir la indemnización de daños y perjuicios por la inejecución de la obligación. Sin embargo, si el pintor o escultor antes mencionado, cumple con pintar el cuadro o con esculpir la estatua, pero rehúsa entregarla, entonces la obligación de hacer podrá ejecutarse forzadamente. Nos referimos, desde luego, a la etapa final de la obligación, pues nadie podría exigir forzadamente al artista pintar el cuadro o esculpir la estatua.

Las obligaciones de dar, a su turno, se clasifican en obligaciones de dar «bienes ciertos» y obligaciones de dar «bienes inciertos».

A su vez, las obligaciones de dar bienes inciertos se clasifican en la forma siguiente:

(a) Obligaciones de dar un bien incierto dentro del género o de la especie.

Sería el caso, por ejemplo, de la obligación de entregar un caballo, o la obligación de entregar un caballo de carrera, o la obligación de entregar un caballo de carrera nacido en el Perú, o la obligación de entregar un caballo de carrera nacido en el Perú y que corre en el Hipódromo de Monterrico. En estos casos debe practicarse una elección, bien sea por el deudor, por el acreedor, por un tercero o por el juez, según las normas previstas por el Código Civil. Pero, tratándose de una obligación de género o de especie, el deudor, antes de la individualización del bien, no podría eximirse de la entrega invocando la pérdida sin su culpa. Para ello tendría que perecer todo el género o toda la especie. Pero esto es muy improbable, prácticamente imposible. Ya los romanos decían, en este sentido, que el género nunca perece.

(b) Obligaciones de dar un bien incierto entre bienes determinados.

Son las llamadas obligaciones *unum de certis*. En este caso la elección se debe practicar entre bienes determinados o determinables. Por ello, si luego de contraída la obligación, y antes de la elección, todos perecen sin culpa del deudor, éste no es responsable. Sería el caso, por ejemplo, del deudor que se obliga a entregar uno de los caballos de su propiedad que corre en el Hipódromo de Monterrico. Pero ocurre que entre el día en que se contrae la obligación y el día en que debe practicarse la elección, una epidemia determina que todos los caballos perezcan. En este caso no habría qué elegir, pero indudablemente el deudor no tendría responsabilidad alguna.

(c) Obligaciones de dar bienes, respecto de los cuales existen muchos, y que son fungibles entre ellos.

Sería el caso, por ejemplo, de obligarse a entregar cien cajas de cerveza marca «N», de una docena de botellas por caja, y de botellas de setecientos cincuenta mililitros cada una. Aquí el deudor, al azar, entrega cualesquiera cien cajas, en la medida en que correspondan a la marca, cantidad y contenido que hubieren sido acordados. Hay, sin duda, una elección por el deudor. Pero la palabra «elección» se emplea en este caso en sentido vulgar y no jurídico, porque al acreedor le es indiferente que se trate de unas botellas o de otras, en la medida en que reúnan las características previstas en el contrato y se encuentren en buen estado.

Caso diferente sería si el deudor, simplemente, asume la obligación de entregar cien cajas de cerveza. En este caso sí cabe una elección en el sentido jurídico de la palabra, porque hay distintas marcas de cerveza, diferentes calidades, diversos contenidos en cuanto a sus envases, etc.

(d) Obligaciones de dar sumas de dinero.

Aquí hay incertidumbre respecto a la denominación y numeración de los billetes que el deudor deba entregar al acreedor. Tiene pues el deudor que practicar una «elección». Pero esta «elección» también se verifica en el sentido vulgar de la palabra, y no jurídico, pues al acreedor casi siempre le es indiferente la denominación de los billetes, y totalmente indiferente su numeración, en la medida en que no sean falsos.

### 6.3. Por la pluralidad de objetos

En este caso las obligaciones se clasifican en conjuntivas, alternativas y facultativas.

Son conjuntivas aquellas obligaciones con pluralidad de prestaciones en las que el deudor tiene que cumplir todas ellas. Las obligaciones conjuntivas no presentan particularidad alguna: el deudor debe cumplir todas las prestaciones prometidas, como si se tratase de obligaciones independientes y distintas. Por ejemplo, la obligación de dar el inmueble ubicado en tal lugar y el automóvil de tal modelo, con placa de rodaje y número de motor determinados.

Las obligaciones conjuntivas pueden versar, sin duda, sobre prestaciones de dar —bienes ciertos o inciertos—, de hacer o de no hacer, siendo la única condición que dichas prestaciones se encuentren obligacionalmente vinculadas entre sí.

La obligación es alternativa cuando existen diversas prestaciones, pero el deudor debe cumplir por completo solamente una de ellas. Se trata de obligaciones disjuntas, en las que se debe practicar una elección, bien por el deudor, bien por el acreedor, por un tercero o por el juez. En cuanto a su naturaleza, desde luego, estas prestaciones también pueden ser de dar —bien cierto o incierto—, de hacer o de no hacer.

La obligación, en fin, puede ser facultativa. En este caso ella tiene por objeto una sola prestación, pero se otorga al deudor la facultad de sustituir, para los efectos del pago, esa prestación por otra. La primera es la prestación principal; la segunda es la accesoria. La primera está *in obligatione*, mientras la segunda está *in facultate solutionis*. También en este caso ambas prestaciones pueden ser de dar —bien cierto o incierto—, de hacer o de no hacer.

### 6.4. Por la pluralidad de sujetos

En esta clasificación se ingresa al complejo tema de las obligaciones divisibles e indivisibles y mancomunadas y solidarias.

Cuando en la relación obligacional existe un solo deudor y un solo acreedor, la clasificación que antecede no se aplica. Es verdad que en este caso podemos determinar si la obligación es divisible o indivisible, pero ello en nada altera la naturaleza jurídica de la relación obligacional. En efecto, existiendo un solo deudor y un solo acreedor, el primero, y únicamente el primero, tendrá que cumplir el íntegro de la prestación con el acreedor. Es pues indiferente que la prestación sea divisible o indivisible. La única consecuencia —ajena desde luego a la doctrina de la divisibilidad e indivisibilidad— es que si la prestación es divisible, el deudor, si el acreedor así lo acepta, podrá cumplirla por partes. Si fuera indivisible, tendrá que cumplirla de una sola vez e íntegramente.

El problema surge cuando hay pluralidad de sujetos, sean pasivos o activos, esto es cuando hay pluralidad de deudores o de acreedores o, simultáneamente, en una misma relación obligacional, pluralidad de deudores y de acreedores.

En estos casos inevitablemente, ineludiblemente, debemos ingresar a la aplicación de los preceptos legales sobre la divisibilidad e indivisibilidad y sobre la mancomunidad y solidaridad.

En efecto, basta que en una relación obligatoria exista un acreedor y dos deudores, o dos acreedores y un deudor, o dos deudores y dos acreedores, para que necesariamente nos ubiquemos en el campo de las obligaciones divisibles e indivisibles y mancomunadas y solidarias.

En el primer caso tendremos que analizar si la prestación es divisible o indivisible y si los codeudores se han obligado mancomunada o solidariamente. En el segundo caso, también deberá definirse la naturaleza jurídica de la prestación, esto es, si ella es divisible o indivisible, y analizarse si los coacreedores se han obligado mancomunada o solidariamente. Y en el tercer caso, al igual que en los anteriores, deberemos determinar la divisibilidad o indivisibilidad de la prestación, y luego si los codeudores se han obligado mancomunada o solidariamente y si los coacreedores, a su turno, se han obligado mancomunada o solidariamente.

La divisibilidad o indivisibilidad de la obligación responde a la naturaleza de la prestación. La mancomunidad o solidaridad, a la forma de obligarse.

Son obligaciones divisibles aquéllas en que cada uno de los acreedores sólo puede pedir la satisfacción de la parte del crédito que le corresponde, en tanto que cada uno de los deudores únicamente se encuentra obligado a pagar su parte de la deuda. Son indivisibles, cuando no resultan susceptibles de división o de cumplimiento parcial por mandato de la ley, por la naturaleza de la prestación o por el modo en que la obligación fue considerada al constituirse.

Las obligaciones mancomunadas, por su parte, se rigen por las reglas de las obligaciones divisibles. Son solidarias, a su vez, cuando la prestación debida por varios deudores o a varios acreedores puede ser íntegramente exigida a cualquiera de ellos o por cualquiera de ellos.

En consecuencia, cuando hay pluralidad de sujetos en la relación obligacional, ésta, en cuanto a la naturaleza de la prestación, será de dar, de hacer o de no hacer, y podrá ser conjuntiva, alternativa o facultativa. Pero necesariamente será divisible y mancomunada, indivisible y mancomunada, divisible y solidaria o indivisible y solidaria.

Si la obligación es divisible y mancomunada, se aplicarán las reglas de la divisibilidad. Si la obligación es divisible y solidaria, se aplicarán las reglas de la solidaridad. Si la obligación es indivisible y mancomunada, se aplicarán las reglas de la indivisibilidad. Y si la obligación es indivisible y solidaria, se aplicarán las reglas de la solidaridad y, adicionalmente, la norma que prevé que la indivisibilidad también opera respecto de los herederos del acreedor o del deudor. En esta última hipótesis, esto es cuando la obligación es indivisible y solidaria, la solución antes prevista por el segundo párrafo del artículo 1181 del Código Civil regula en esa forma la concurrencia de ambas instituciones.

Sin embargo, en opinión nuestra, en el citado último caso deberían aplicarse los artículos 1177, 1178 y 1179 y, además, las normas de la solidaridad, salvo en este último caso, lo dispuesto por los artículos 1187, 1189, 1190, segundo párrafo, 1191, 1200 y 1201 del Código Civil.

De aquí se deduce fácilmente que la obligación más benigna para los codeudores es aquélla en que la prestación es divisible y ellos se han obligado mancomunadamente. Y que la obligación más severa para tales codeudores, es cuando lo son de prestación indivisible y se han obligado solidariamente. En el primer caso, las garantías del acreedor pueden ser débiles. En el segundo, muy robustas.

### 6.5. Por estar determinada o ser determinable la prestación

No debemos confundir esta clasificación con la de dar bienes inciertos. Es verdad que en los bienes inciertos la prestación es determinable. Pero en esta clasificación no nos estamos refiriendo a esa acepción en tal sentido.

Existen tres criterios para determinar la prestación. El primero, el más frecuente, que las partes decidan el objeto de la obligación al contraerla, esto es, desde su inicio. Aquí la prestación estaría inicialmente determinada. El segundo, sobre la base de elementos objetivos; por ejemplo, cuando se establece en función al mercado o al valor en bolsa. En este caso lo que se estaría estableciendo es la cuantía de la prestación. Y el tercero, cuando se deja la elección de la prestación a un tercero o, en su caso, al juez, como puede suceder en las obligaciones alternativas. En estas dos últimas hipótesis la prestación es determinable.

### 6.6. Por su independencia

En este caso las obligaciones se clasifican en principales y accesorias. Aquí compartimos el criterio de Guillermo A. Borda, cuando señala que la característica de principal o de accesoria de una obligación puede referirse a su objeto o a las personas obligadas. Indica Borda que a) son accesorias en cuanto a su objeto, cuando son contraídas para asegurar el cumplimiento de una obligación principal, como sucede con las cláusulas penales y b) son accesorias en cuanto a las personas obligadas, cuando éstas las contrajeron como garantes o fiadores.

La obligación es principal, en cuanto a su objeto, cuando tiene existencia propia, no dependiente de otra relación obligacional. Por ejemplo, las obligaciones que surgen de un contrato de compraventa, en que el vendedor debe entregar la cosa y el comprador pagar el precio. Son accesorias, cuando su existencia depende de una obligación principal. Por ejemplo, el artículo 1345 del Código Civil dispone que la nulidad de la cláusula penal —cuyo carácter accesorio es evidente— no origina la de la obligación principal.

En cuanto a las personas obligadas, la obligación principal está constituida por la que tiene el deudor con su acreedor, y la accesoria, por ejemplo, sería la contraída por un fiador con el propósito de garantizar esa obligación. En caso que la obligación principal fuera nula, ella acarrearía, como consecuencia inevitable, la nulidad de la accesoria. A su turno, si la accesoria fuera nula, esto es la fianza, la obligación principal subsistiría plenamente.

Luis de Gásperi,[65] al tratar sobre las obligaciones principales y accesorias, se refiere a los «pactos adjuntos», que fueron concebidos en Roma para extender o restringir la voluntad de las partes y los derechos y las obligaciones que libre y recíprocamente se habían conferido. Estos pactos extienden o amplían los derechos del acreedor, así como las obligaciones del deudor.

Los denominados *pacta adjecta*, por no ser sino cláusulas accidentales, añadidas al contrato, no formaban parte de su contenido esencial. Incorporados en el momento de la celebración de los contratos de buena

---

65 DE GÁSPERI, Luis. *Op. cit.*, tomo I, pp. 357 y ss.

fe, devenían siempre en obligatorios y estaban protegidos por la acción del contrato principal.

La validez de estos pactos estaba subordinada a dos requisitos esenciales: ser jurídicamente posibles y no suspender o resolver la fuerza obligatoria del contrato.

Toullier, citado por De Gásperi, distingue las obligaciones según sean principales o primitivas y secundarias o accesorias. Corresponderían a la primera de estas categorías las que constituyen el objeto principal del contrato. Por ejemplo, la obligación del vendedor, en el contrato de compraventa, de entregar la cosa y de transferir la propiedad. En el mismo contrato, obligación secundaria o accesoria sería la de pagar al vendedor perjuicios e intereses en el caso de no entregar la cosa vendida.

Según Raymundo M. Salvat,[66] ordinariamente cada obligación tiene una existencia propia e independiente de cualquier otra, existe por sí misma en virtud de la causa o hecho que le ha dado nacimiento. Por excepción, nos encontramos algunas veces en presencia de obligaciones cuya existencia se relaciona íntimamente con la de otra, de tal manera que existe en razón de esta última; la obligación dotada de existencia propia se llama en tal caso obligación principal; la otra, obligación accesoria.

A decir del citado profesor, no es necesario, para resolver las cuestiones a que pueden dar lugar las obligaciones accesorias, que ellas sean legisladas, sino basta la aplicación de los principios generales sobre las cosas principales y accesorias.

### 6.7. Por ser puras o modales

Aquí las obligaciones se clasifican, de acuerdo con la manera como deben cumplirse, en puras o simples y en sujetas a modalidades.

Son puras las obligaciones contraídas para cumplirse en forma inmediata y usual. Son modales, cuando ellas están sujetas a condición, que puede ser suspensiva o resolutoria, a plazo o a cargo.

Por su parte, Alterini, Ameal y López Cabana clasifican las obligaciones, en cuanto a sus modalidades, en puras, esto es cuando su cumplimiento no depende de condición alguna, o sea cuando la

---

[66] SALVAT, Raymundo M. *Op. cit.*, tomo I, p. 69.

existencia de la obligación no esté sujeta al acaecimiento de un hecho futuro e incierto; a plazo, cuando la exigibilidad de la obligación está supeditada al acaecimiento de un hecho futuro y cierto; y con cargo o modo, cuando se impone una obligación accesoria y excepcional al adquirente de un derecho.

Advertimos, simplemente, que el Código Civil Peruano de 1984 trata a las modalidades dentro del Libro de Acto Jurídico. El Código se refiere, por tanto, a las modalidades del acto jurídico. En esta materia, el Derecho de Obligaciones debe pues interpretarse a la luz de esas modalidades.

### 6.8. Por agotarse instantáneamente con el cumplimiento de una prestación o ser duraderas

Hay obligaciones que se agotan de manera instantánea con el cumplimiento de una prestación; por ejemplo, si en un contrato de compraventa se pacta la entrega inmediata del bien y del precio, con el cumplimiento de estas dos prestaciones se extingue la relación obligatoria. Son duraderas, cuando la relación obligacional discurre a través del tiempo; por ejemplo, en un contrato de arrendamiento, el arrendatario está obligado a pagar, mes a mes, la renta o merced conductiva, la que sería una obligación de prestaciones periódicas. Si el deudor se obliga a entregar al acreedor una cantidad de cosas parcialmente, en distintos momentos, durante un lapso determinado, sería una obligación duradera.

A su vez, las obligaciones duraderas pueden ser de duración continuada; por ejemplo, la Empresa de Agua suministra permanentemente el líquido elemento a sus clientes, sin solución de continuidad, con la obligación de estos últimos de pagar periódicamente los recibos que correspondan.

Alterini, Ameal y López Cabana clasifican a las obligaciones por el tiempo de cumplimiento de la prestación, en obligaciones de ejecución inmediata y de exigibilidad diferida. En este último caso la obligación se encuentra postergada en cuanto a su exigibilidad por un plazo inicial pendiente, o en cuanto a su existencia, por una condición suspensiva también pendiente. En cambio, es inmediata cuando sus efectos no se encuentran postergados por alguna de dichas modalidades.

También por el tiempo de cumplimiento de la prestación, las clasifican en obligaciones de ejecución única, cuando el cumplimiento se efectiviza de una sola vez, en forma instantánea, y en obligaciones de ejecución permanente o de duración, cuando se prolongan en el tiempo. Estas últimas comprenden las de ejecución continuada y las periódicas o de «tracto sucesivo».

Michele Giorgianni[67] se refiere a una clasificación de las obligaciones que denomina «relaciones de obligación duradera».

Precisa que en esta clase de obligaciones su desenvolvimiento no se agota en una sola prestación, sino que supone un período más o menos largo, por cuanto su contenido implica o bien una conducta duradera o bien la realización de prestaciones periódicas. Pertenecen a este grupo, en su opinión, las relaciones de arrendamiento, el mutuo, el depósito, los contratos de suministro, etc. Considera que es decisivo para el carácter de la relación de obligación duradera que se haya pactado desde un principio la entrega de una cantidad total (por ejemplo, carbón para uso doméstico), que se entregará parcialmente en distintos momentos. En tal contrato carece el tiempo de influencia sobre el contenido y la extensión de la prestación, y no repercute sino sobre el modo de hacerla.

Una relación de obligación duradera, agrega, puede constituirse por un tiempo determinado, con cuyo transcurso se extingue; pero puede también terminarse mediante acuerdo posterior o por acto unilateral (de una de las partes), es decir, a través de su resolución.

### 6.9. Por el contenido de la prestación

En este caso se hace el distingo entre obligaciones patrimoniales y no patrimoniales. El tema ha sido analizado ampliamente al tratar sobre la patrimonialidad del objeto de la obligación.

### 6.10. Por ser obligaciones de naturaleza u obligaciones monetarias

Aquí adoptamos la interesante clasificación de Malaurie y Aynés, quienes afirman que cuando la obligación de naturaleza se incumple por dolo o por culpa del deudor, ella se transforma en una obligación monetaria. Esto no ocurre en el caso de las obligaciones monetarias,

---

67 GIORGIANNI, Michele. *La Obligación*. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1958, pp. 41 y ss.

en las que no opera tal transformación y sólo procede su ejecución forzada.

Agregan que otra diferencia importante entre ambas clases de obligación, está dada por su envilecimiento, cuando se trata de las llamadas «deudas de valor». Cuando la obligación es de naturaleza, es decir, cuando debe restituirse el valor de una prestación, se calcula el que tenga el día del pago, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario, conforme a lo previsto por el artículo 1236 del Código Civil. En las obligaciones monetarias no ocurre lo mismo. El acreedor, salvo pacto valorista, no podrá exigir el pago de una deuda contraída en moneda nacional, en moneda distinta, ni en cantidad diferente al monto nominal originalmente pactado, según lo dispuesto por el artículo 1234 del mismo Código. En este caso es el acreedor el que soporta la devaluación de la moneda nacional, y el deudor el que deberá soportar su eventual revaluación.

### 6.11. Por ser obligaciones de medios o de resultado

Esta clasificación, sin duda interesante pero objetable, está directamente vinculada a la inejecución de la obligación.

En esta materia compartimos lo expresado por Ernesto Clemente Wayar,[68] quien afirma que la llamada obligación «de resultado» es aquélla en la cual el deudor asume el deber de realizar una prestación específica, encaminada al logro de un resultado concreto, de suerte que el interés del acreedor queda satisfecho con la obtención de ese resultado.

Acerca de la denominada obligación «de medios», dice el autor que es aquélla en la cual el deudor sólo promete el empleo diligente de medios aptos para normalmente obtener un resultado. En este caso, el deudor cumple con sólo emplear los medios prometidos, aunque no se logre lo deseado.

Wayar no está de acuerdo con esta distinción, con base en cuatro argumentos.

Señala, en primer término, que la distinción entre obligaciones «de medios» y «de resultado» es sólo aparente. Entre una y otra categoría no

---

68 WAYAR, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, tomo I, pp. 126 y ss.

hay ninguna diferencia ontológica, es decir, de esencia o de naturaleza. En aquéllas que la tradición llama «de medios» es siempre posible hallar un resultado; esto se comienza a comprender cuando se acepta que en toda obligación hay «medios» y se persiguen «resultados».

En segundo lugar advierte que a partir de la distinción entre objeto y prestación se obtiene el siguiente esquema: el objeto del derecho del acreedor equivale a un resultado que él espera de la conducta del deudor, que es el medio productor de tal resultado. En este sentido, «resultado» y «medio» son dos elementos que están ligados íntimamente dentro de la estructura de toda relación de obligación; constituyen parte de su esencia. Por eso, afirmar que hay obligaciones de medios, en las cuales no se promete ni se debe un resultado es equívoco; hasta se puede decir que es errado. Equivale a sostener que en ciertos supuestos el derecho del acreedor carece de objeto. El hecho de que en algunas obligaciones el medio (prestación) adquiera singular importancia, no autoriza a prescindir del resultado.

Luego, en tercer lugar, Wayar señala que los medios siempre atienden a un resultado. En la obligación llamada «de medios», la prestación —o sea, la conducta debida— persigue siempre un resultado, que no es otro que satisfacer el interés del acreedor. Es innegable que el logro del resultado interesa también al deudor; sólo así se explica que ponga todo su empeño en obtenerlo. Para el citado profesor, sería un verdadero dislate suponer que quien adeuda un medio no se preocupa por lograr un resultado.

Y en cuarto y último término, señala que los partidarios de la clasificación de Demogue no han podido dejar de reconocer que aun en la obligación de medios el acreedor desea satisfacer un interés definitivo o fin último, para lo cual no basta la sola conducta del obligado; se desea algo más que la sola conducta: se desea obtener un resultado determinado. Con este reconocimiento, la teoría parece perder toda su fuerza. Para salvarla, esa doctrina afirma que el resultado o fin último es aleatorio. El deudor cumple observando la conducta debida con prudencia y diligencia; no se le puede exigir el logro del resultado, pues esto es aleatorio o potencial.

Deseamos efectuar algunos comentarios adicionales sobre la teoría que divide a las obligaciones en aquéllas que serían «de medios» y las que serían «de resultado».

Raymundo M. Salvat expresa que en la obligación de resultado, acreditada la existencia de la obligación y el tiempo de cumplimiento, el deudor es responsable por su inejecución si no trae la prueba del caso fortuito o de la fuerza mayor. Y agrega que en la obligación de medios, como el deudor no puede prometer resultados, sólo será responsable cuando no presta la diligencia y el cuidado que la naturaleza del caso exigía.

Ambos extremos, en nuestra opinión, son erróneos. Salvat afirma, en primer término, que el responsable de una obligación de resultado sólo se libera por el caso fortuito o la fuerza mayor. Estos, conforme al artículo 1315 del Código Civil Peruano, son causas no imputables, consistentes en eventos extraordinarios, imprevisibles e irresistibles, que impiden la ejecución de la obligación o determinan su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

Vamos a poner el ejemplo de un comerciante establecido en la ciudad de Lima, que adquiere mercaderías de un comerciante establecido en la ciudad de Huancayo, importante centro de actividad económica ubicado en la Sierra Central del Perú, con la obligación de este último de entregarlas el 15 de febrero del año 2008. Se trata, sin duda, de una obligación de resultado, porque la prestación, finalmente, está destinada a que el comerciante de la ciudad de Lima reciba las mercaderías el día 15 de febrero del año 2008. El comerciante de Huancayo procede con toda diligencia y embarca las mercaderías, en un camión de su propiedad, con 48 horas de anticipación. El viaje de Huancayo a Lima no dura, razonablemente, más de ocho o diez horas. Sin embargo, es frecuente que durante los meses del verano peruano, principalmente en febrero, se originen aluviones —llamados «huaicos» en nuestro lenguaje nativo (peruanismo que significa «Masa enorme de peñas que las lluvias torrenciales desprenden de las alturas de los Andes y que, al caer en los ríos, ocasionan el desbordamiento de las aguas»)— y que ellos interrumpan la Carretera Central, que es el medio usualmente utilizado para trasladar mercaderías de Huancayo a Lima. Si el camión se ve obligado a detenerse por tres o cuatro días, con motivo de un aluvión, como algunas veces ocurre, evidentemente que el comerciante de Huancayo no cumplirá con entregar las mercaderías el 15 de febrero. Sin embargo, habría obrado con toda prudencia y diligencia. Pero este aluvión no constituiría, en opinión nuestra, un caso fortuito o de fuerza

mayor. Es, desde luego, un evento irresistible, porque el tránsito queda interrumpido, en plena carretera, por tres o cuatro días, pero es un acontecimiento al que se puede calificar de ordinario y de previsible, porque suele ocurrir en esa época del año.

En esa eventualidad no se presentaría el caso fortuito o fuerza mayor a que se refiere Salvat, pero, sin embargo, no podría atribuirse responsabilidad alguna al deudor de la mercadería, el comerciante de Huancayo, que habría actuado diligentemente. Este ejemplo demuestra que es suficiente actuar con la diligencia ordinaria requerida, conforme lo exige el artículo 1314 del Código Civil, para que el deudor no sea imputable por la inejecución de la obligación, llámese de medios o de resultado.

En la obligación de medios, por su parte, expresa Salvat, que el deudor sólo será responsable cuando no actúe con la diligencia y el cuidado que la naturaleza del caso exigía. Supongamos que un abogado se obligó a defender a su cliente de palabra ante la Corte Suprema de la República, estudiando previamente, con todo rigor, el caso a su cargo. Ese abogado, por negligencia, llega tarde al informe oral y la causa es vista y resuelta en su ausencia. Sin embargo, el fallo es favorable a su cliente. ¿De qué podría quejarse el acreedor? En este caso habría habido descuido, incuria, negligencia, pero el deudor no tendría responsabilidad alguna. ¿En qué consistirían los daños y perjuicios? Hasta tal vez podría sostenerse que si el informe del abogado hubiera sido desacertado habría inducido a la Corte a resolver en sentido contrario.

Por otra parte, nos parece artificial la diferencia entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado. En las obligaciones de medios se busca un resultado. Y en las obligaciones de resultado existe, necesariamente, un medio para cumplirlas. Reconocemos, sin duda, que la diligencia en las primeras puede exigir requisitos más severos que en las segundas, pero en todo caso lo que se busca es el fin, el cumplimiento de la prestación.

Debemos añadir, por último, que el Código Civil Peruano no efectúa esa distinción en ninguno de sus preceptos, singularmente en los relativos a la inejecución de las obligaciones. La ley en esta materia es terminante. El artículo 1329 del Código Civil establece que se presume que la inejecución de la obligación o su cumplimiento parcial,

tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor. El Código agrega, en el artículo 1330, que la prueba del dolo o de la culpa inexcusable corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, esto es, al acreedor. En consecuencia, si el deudor desea liberarse de responsabilidad deberá probar su diligencia, trátese de una obligación de medios o de resultado. Y, a su turno, si el acreedor desea agravar la responsabilidad del deudor, deberá probar el dolo o la culpa inexcusable, trátese también de una obligación de medios o de resultado.

## 6.12. Obligaciones ambulatorias o *propter rem*

Guillermo A. Borda[69] se refiere a las obligaciones ambulatorias o *propter rem*, a las que atribuye una naturaleza especial, cuya estrecha vinculación a un derecho real les da una fisonomía propia.

Sus características esenciales, señala Borda, son las siguientes:

(a) Tanto el acreedor como el deudor son titulares de un derecho real, sea sobre la misma cosa, sea sobre dos cosas vecinas. Por eso ha podido decir Aberkane que la obligación *propter rem* une a los titulares de dos derechos rivales; se resuelve este conflicto instituyendo entre los derechos una coexistencia pacífica y un *modus vivendi* aceptable.

(b) Puesto que la obligación *propter rem* está siempre vinculada a un derecho real, se transmite junto con ese derecho. El enajenante queda liberado de la obligación que pasa al adquirente. Por eso son llamadas obligaciones ambulatorias. Otra consecuencia de este carácter es que el deudor puede liberarse de su obligación haciendo abandono de la cosa.

(c) La obligación *propter rem* es propiamente una obligación y no un derecho real, porque el sujeto pasivo debe dar, hacer o no hacer, y porque responde de su cumplimiento con todo su patrimonio.

Se ha discutido si la obligación que pesa sobre el poseedor de una casa hipotecada es *propter rem*. Para la teoría clásica, éste era precisamente el ejemplo típico: la obligación de responder pesa sobre el tercero poseedor, cualquiera que sea; se transmite junto con el dominio; está limitada al valor de la cosa. A lo que se ha replicado que la única

---

[69] BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil, Obligaciones*. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1986, 3.ª edición actualizada, tomo I, pp. 16 y ss.

obligación del tercero poseedor es la de guardar una actitud pasiva; cumple con lo que la ley pide de él, limitándose a dejar hacer; no está obligado con el resto de su patrimonio. En suma, la ley no lo obliga a pagar, sino a dejar que el acreedor se cobre haciendo ejecución de su bien; y aunque no haga manifestación positiva de abandono, el acreedor no puede dirigirse contra sus otros bienes.

Llambías,[70] continuando con el tema, expresa que las obligaciones *propter rem* constituyen una hipótesis muy interesante de indeterminación relativa del sujeto, activo o pasivo. Ellas también son llamadas obligaciones ambulatorias.

Sostiene Llambías que en rigor no hay indeterminación del sujeto, sino ausencia de su individualización, porque ello dependerá del momento de la vida y de la obligación en que se la haga valer. Citando a Alsina Atienza, dice que «el crédito de deuda nace, subsiste o se extingue, junto con la relación de señorío mencionada; si el acreedor o deudor *propter rem* dejan de estar en dicha relación con la cosa, sea porque la abandonan, o porque la enajenan, o porque otro venga a entrar en ella originariamente, o porque la cosa desaparezca haciéndose imposible la relación de señorío respectiva, el acreedor o deudor quedan desligados, por lo menos para lo sucesivo, de la obligación *propter rem*, y ésta se desplaza hacia el nuevo dueño o poseedor; por lo que se habla a menudo de que la obligación es ambulatoria».

En nuestra opinión, las obligaciones *propter rem* tienen todas las características de una obligación civil, aun cuando se encuentran vinculadas a los Derechos Reales. En esta clase de obligaciones el deudor nace, necesariamente, como determinado, pero es posible que finalmente, al cumplirse la obligación, ella sea exigida a una tercera persona, inicialmente indeterminable que, en ese momento, tendría que responder por la deuda originaria.

Vamos a referirnos al caso clásico de la hipoteca. Una persona grava un bien de su propiedad con hipoteca, en garantía de una obligación que está contrayendo con su acreedor, quien por tanto tiene la condición jurídica de acreedor hipotecario. Luego, antes del vencimiento de la obligación, el deudor transfiere el bien a un tercero. Al tiempo

---

70 LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, tomo I, pp. 22 y ss.

de vencimiento de la obligación, si no se acude con la prestación al acreedor, éste tendrá el derecho de exigir la acreencia y, en caso que no sea satisfecha, de hacer efectivo el crédito hipotecario realizando el inmueble. En esta clase de obligaciones existiría un deudor inicial, identificado, cuya prestación estaría garantizada con hipoteca; pero no se tendría la certeza de que fuera a esa misma persona a quien, al vencerse la obligación, se le exigiera el pago.

El bien gravado con hipoteca se puede ir transfiriendo, de persona a persona, y finalmente la obligación será exigible, a su vencimiento, a quien ostente la calidad de dueño, pero limitándose la cobranza de la acreencia al valor de realización del inmueble en remate público, en la medida en que no se cumpla con la obligación. Por eso las obligaciones *propter rem* son denominadas también «obligaciones ambulatorias».

### 6.13. Por su exigibilidad

Afirma Pothier[71] que se llama obligación civil a aquélla que es un lazo de derecho, *vinculum juris*, y que da a aquél respecto a quien se ha contratado, el derecho de exigir en justicia lo que en ella se halla contenido. A su turno, se llama obligación natural a aquélla que, en el fondo del honor y de la conciencia, obliga a aquél que la ha contratado al cumplimiento de lo que en ella se halla contenido.

Laurent[72] dice que Pothier coloca entre las obligaciones naturales las contraídas por personas que tienen un discernimiento y un juicio suficiente para comprometerse, pero a quienes la ley civil declara incapaces de celebrar un contrato tal: en la antigüedad, por ejemplo, la obligación de una mujer que bajo dominio del esposo, convino sin estar autorizada a ello. Jaubert, según Laurent, desarrolla la misma opinión. Agrega Laurent que esta doctrina también es la de los autores del Código Civil Francés y la de numerosos tratadistas.

Laurent no duda, sin embargo, en decir que ella es errónea. Una obligación es natural cuando la ley no la reconoce, cuando niega una

---

71 POTHIER, Robert Joseph. *Op. cit.*, Segunda Parte, pp. 153 y ss.

72 LAURENT, François. *Principes de Droit Civil Français*. París: Librairie A. Maresq. Ainé, 1875-1893, tomo XVII, pp. 18 y ss.

acción al acreedor. ¿Acaso, se pregunta Laurent, el acreedor de una mujer casada o de un menor de edad no puede obrar? Ciertamente tiene una acción, entonces la deuda es más que natural, es civil; solamente está marcada por un vicio que permite al deudor demandar su nulidad, pero es necesario que él la demande; en tanto que no se pronuncie la nulidad, subsiste la obligación y produce todos los efectos de una obligación civil.

A pesar de ello, concluye Laurent, la ley no define la obligación natural y su naturaleza es muy vaga, de ahí que en la jurisprudencia cunda la incertidumbre y la confusión.

Baudry-Lacantinerie[73] afirma que la mayoría de los autores que reproducen en diversas formas la definición de Pothier, dicen que las obligaciones naturales son aquéllas que fuera de toda coacción legal, derivan de la equidad o de la conciencia, o bien de las que imponen la delicadeza y el honor.

Se criticó estas definiciones —agrega el príncipe del Derecho Civil— objetándoles que producen una confusión de la obligación natural con los deberes morales, pues se dice que son dos cosas que es importante distinguir. El que cumple una prestación en ejecución de un deber moral, por ejemplo, el hombre rico que da limosna, hace una donación; por el lado contrario, aquél que cumple una prestación en ejecución de una obligación natural, hace un pago. De donde se entiende que todas las diferencias son entre la donación y el pago. Sin embargo, ¿cómo se puede distinguir los deberes morales de las obligaciones naturales? He aquí la dificultad. Cada autor tiene su sistema.

Ante estas divergencias, la jurisprudencia se pronuncia por una concepción amplia de la obligación natural; al juez del hecho corresponde apreciar discrecionalmente si hay o no obligación natural, y la proclama con regularidad ahí donde hay un simple deber moral.

Según Giorgio Giorgi[74] los jurisconsultos romanos distinguieron sin duda una *obligatio civilis* y una *obligatio naturalis*, y al hablar de *obligatio naturalis* entendieron precisamente una obligación desprovista

---

73 BAUDRY-LACANTINERIE, G. *Précis de Droit Civil*. París: Librairie de la Societé du Recueil Gal des Lois et des arrêts, 1896, tomo II, pp. 146 y ss.

74 GIORGI, Giorgio. *Op. cit.*, vol. I, pp. 30 y ss.

de acción. Por otro lado, concedieron a la *obligatio naturalis* una eficacia indirecta. Le atribuyeron ciertos efectos jurídicos, por virtud de los cuales el acreedor, en la obligación natural, tenía la *soluti retentio* para oponerse al deudor que, después de haber pagado voluntariamente, intentase repetir lo satisfecho. Respecto a la causa inmediata o, como otros dicen, los modos por los cuales nacían las obligaciones naturales, los eruditos modernos conjeturan que se compendiaban o en el origen imperfecto, o en la extinción imperfecta de la *obligatio civilis*. El contrato del esclavo, del pupilo, del hijo de familia, del menor y ciertos oficios de piedad, son ejemplos históricos del origen imperfecto. La confusión, la *litis contestatio*, y acaso la prescripción extintiva, son ejemplos de extinción imperfecta.

Marcel Planiol y Georges Ripert,[75] por su parte, expresan que es indiscutible que la obligación natural constituye una anomalía jurídica. La ausencia de sanción, sea cual fuere su eficacia en otro sentido, la sitúa en los confines últimos del Derecho, en los límites de la moral. Por ello, afirman, se puede buscar el criterio de ella haciendo depender su origen bien del Derecho Civil, bien de la moral.

Hay un método que habla de la teoría de la obligación civil degenerada, el mismo que permite mantener una completa separación entre los respectivos ámbitos del Derecho y la moral. Se inspira en la tradición romana, transmitida por Domat y recogida por la mayoría de los juristas del siglo XIX.

La obligación natural, añaden Planiol y Ripert, es, por su origen, una obligación civil, pero imperfecta, ya que se halla desprovista del principal atributo de la obligación ordinaria, o sea, de la facultad de constreñir al deudor a su cumplimiento. La imperfección de que se halla afectada procede de que su desarrollo, por así decirlo, ha sido entorpecido al nacer, por un obstáculo jurídico, o por el hecho de que, posteriormente, como consecuencia de especiales circunstancias, se ha visto privada de su sanción, si bien subsiste en todo lo demás.

Desde esta óptica, la obligación natural aparece como el residuo de una obligación civil preexistente, cuando ésta ha sido anulada por la incapacidad del deudor, no obstante que éste la había concertado

---

75 PLANIOL, Marcel y Georges RIPERT. *Op. cit.*, *Las Obligaciones*, Segunda Parte, tomo VII, pp. 291 y ss.

con pleno conocimiento de causa y entera libertad de espíritu, o bien cuando resulta extinguida sin que el acreedor haya recibido lo que se le debía. Éste es el caso de la prescripción.

En otros casos, por el contrario, la obligación civil no ha podido nacer en momento alguno y desde su origen la relación jurídica no se ha constituido más que en la forma de obligación natural. Así, en materia de juego o de apuesta, el ganador no puede obtener ante los tribunales el pago de la suma jugada. La obligación natural suple en estos casos a la obligación civil ausente: el prestatario está obligado naturalmente a satisfacer la deuda de juego.

La explicación que entiende que la obligación natural pende en todo caso de una obligación civil, degenerada o abortada —continúan los ilustres civilistas—, es puramente verbal y nada justificada. Agregan que es sorprendente ver atribuir como base de la obligación natural una obligación civil anulada, es decir, como consecuencia del efecto retroactivo de la nulidad que decreta la nada. La extinción de una obligación no es susceptible de graduarse, pues el pago no constituye para el Derecho un modo de extinción dotado de eficacia superior a la de los demás.

Otra teoría de la obligación natural se funda en el deber de la conciencia, en la existencia de un deber de conciencia en el deudor en favor del acreedor. Aquí la obligación natural no depende de una obligación civil más o menos transformada. Es un deber moral al que el Derecho reconoce cierto valor, si bien no lo adopta plenamente hasta convertirlo en una obligación provista de la sanción del Derecho, manteniéndolo sólo en sus fronteras.

Si bien se advierte una equiparación progresiva de la obligación natural con el deber moral, agregan Planiol y Ripert, no existe sin embargo una completa identificación. La separación del Derecho y la moral ha de mantenerse. Por consiguiente, no todo deber de conciencia constituye una obligación natural. Por tanto, existen obligaciones morales de índole tal que no tienen ni podrán nunca llevar unida eficacia jurídica en cualquier grado; los actos de beneficiencia inspirados en una idea de caridad, de devoción, de amor, aun cuando estén impuestos por la moral, no pueden estimarse a la luz del Derecho más que como liberalidades.

Héctor Lafaille[76] señala que cuando en la Roma primitiva al *ius civile* se oponía el *ius gentium*, extensivo a todos los pueblos, de igual manera, frente a las obligaciones surgidas de ese régimen quiritario, se reconocieron otras con relativa eficacia, nacidas fuera de su marco estrecho, y que recibieron más tarde el nombre de «naturales». Carecían de valor compulsivo y no daban acción al acreedor; pero una vez cumplidas, éste podía excepcionarse al exigirse la repetición.

Señala el profesor argentino que aparte del nombre y de la propia categoría que está hoy en camino de suprimirse, el Derecho positivo actual se inclina a conceder eficacia para el pago y la garantía a todas las prestaciones basadas en un deber de conciencia, respondiendo de ese modo a la marcada inclinación ética que distingue a la ley moderna.

Por último, Lafaille expresa que existe un dilema en saber si en una obligación natural, al cumplirse, existe un pago o una liberalidad. El pago presupone una deuda. Indica que no habiéndola propiamente en el caso, correspondería dejarse sin efecto. El cumplimiento de estas deudas no sería por tanto un verdadero pago, aunque así acostumbre denominársele. Se pregunta si podría llamársele, en cambio, «donación». Piensa que tampoco se usaría la expresión correcta, porque quien da cumplimiento a una «obligación natural» considera que está en el deber de hacerlo aun por encima de los textos del Derecho positivo, y no se coloca en la situación de quien favorece a otros.

Una tentativa de cambiar totalmente la teoría clásica, surgió con Savatier, quien desde el principio advierte y declara sin ambages, que con su sistema se invierten en cierta forma los datos del problema. En tanto que hasta entonces se consideraba la obligación natural de una esencia jurídica superior a la del deber moral, Savatier, colocado fuera del dominio del Derecho, pretende haber demostrado que la verdad se halla exactamente en lo opuesto. «La obligación natural —declara—, no será ya un deber moral al que la ley, sin erigirla en civilmente obligatoria, le dispense, no obstante, ciertos favores; por el contrario, será un deber moral al que, mediante un acto expreso, niega la sanción del derecho común. Al examinar sucesivamente a las obligaciones naturales reconocidas por nuestro Derecho, veremos que, en efecto, es así como se presentan las cosas».

---

[76] LAFAILLE, Héctor. *Op. cit.*, tomo VI, vol. II, pp. 8 y ss.

Por tanto, el sistema de Savatier se levanta contra toda teoría que acepte la diferencia de naturaleza entre la moral y el Derecho; en efecto, para él la obligación natural es un deber moral degenerado, siendo los deberes morales jurídicamente obligatorios por sí mismos.

Savatier deriva de los textos antiguos y los trabajos preparatorios la definición siguiente: «La obligación natural es el deber moral que, sin la intervención expresa y contraria de la ley, habría sido civilmente obligatoria en virtud de la fuerza legal de la equidad y, en muchos casos, en virtud de los textos legales que corroboran la fuerza de la equidad».

Bonnecase critica la teoría de Savatier. Pero no es el único. Con anterioridad lo había hecho Ripert, diciendo que «declarar que la obligación natural lejos de ser un deber moral que se beneficia espontáneamente con el favor de la ley, es un deber moral que sufre especialmente su enemistad», o que «todas las obligaciones naturales propiamente dichas, son obligaciones ilícitas», es un juego del espíritu. En efecto, tales fórmulas sólo pueden establecerse cuando se plantea como primer principio la identidad del deber moral y la obligación civil, siendo que la distinción de estas dos nociones siempre ha sido admitida por los juristas, y continúa siendo verdadera, por lo menos para la buena organización de la sociedad civil.

Ripert agrega, en pocas palabras, que hay obligación natural cuando la ley atribuye ciertos efectos jurídicos al cumplimiento del deber moral. A medida que la jurisprudencia se afirma, la doctrina adquiere más audacia. Los autores contemporáneos no vacilan en afirmar la identidad de naturaleza entre la obligación natural y el deber moral. Si la obligación natural se confunde por su naturaleza con el deber moral, debe obtenerse de esto la consecuencia de que no existe una teoría general de la obligación natural, sino más bien obligaciones naturales susceptibles de producir efectos diferentes. Nos encontramos en el dominio de la conciencia. La persona que ejecuta un acto jurídico se inspira en la idea de que no hace sino cumplir su deber.

Pero —añade Ripert— la obligación natural no existe, mientras el deudor no haya afirmado su existencia, mediante el cumplimiento de la misma. Nace del reconocimiento del deber moral por parte del deudor.

Por las citas que acaban de reproducirse, se advierte que según Ripert no existe una teoría general de la obligación natural, sino obligaciones naturales susceptibles de producir efectos diferentes. Nos vemos así proyectados, empleando la expresión del propio Ripert, en el dominio de la conciencia y, al mismo tiempo, en una profunda incertidumbre.

En opinión de Bonnecase, la obligación natural es una noción exclusivamente técnica, que traduce una obligación civil imperfecta o condicional. La obligación natural debe distinguirse esencialmente, por una parte, del deber moral, y, por otra, de la obligación civil impuesta, a falta de ley, por los datos de las fuentes reales del Derecho.

Agrega que en tanto que un grupo de juristas se esfuerza por reducir el Derecho a la moral, los filósofos moralistas separan claramente ambas disciplinas. El deber moral u obligación moral y la obligación jurídica, la responsabilidad moral y la responsabilidad jurídica.

Dice Bonnecase que si no temiera recurrir a una imagen muy forzada, diría que la obligación natural es una obligación civil relegada en el limbo y que espera su libertad por un acto del mismo deudor.

Según Luis de Gásperi,[77] ya Ulpiano había advertido que si en este punto se admite la existencia de una obligación, es sólo por un abuso del lenguaje. Al mencionar la obligación natural, dice Cuq, citado por De Gásperi, se alude más a los hechos que la han engendrado que a las reglas relativas a la formación de las obligaciones, razón por la cual ella produce efectos análogos a los de las obligaciones civiles. No se la debe confundir ni con la obligación reprobada por la ley, ni con la obligación de conciencia. Se la concibió, bajo la influencia del estoicismo, como *vinculum aequitatis*, para atemperar el rigor de la ley y como reacción contra varios prejuicios, tal, por ejemplo, la idea de que algunos seres humanos no eran personas. Está desprovisto de acción, pero sirve de base a un pago válido.

La teoría de las obligaciones naturales, dicen Colin y Capitant, también citados por De Gásperi, era desconocida en el primitivo Derecho francés. Sólo aparece en el renacimiento del Derecho romano. Comba-

---

77 DE GÁSPERI, Luis. *Op. cit.*, tomo I, pp. 70 y ss.

tida entonces por D'Argentre, quien en su «Costumbre de Bretaña» se esfuerza en demostrar que es una sutileza y no tiene fundamento jurídico serio, va a encontrar, por el contrario, defensores en Domat y Pothier.

Según Eduardo B. Busso,[78] el Código Alemán no menciona para nada a las obligaciones naturales, y al legislar sobre el enriquecimiento sin causa se limita a establecer que no es repetible el pago que correspondería a un deber moral. Disposiciones similares contienen el Código Federal Suizo de las Obligaciones y el Código Italiano de 1942. En doctrina se discute el alcance que corresponde dar a esas disposiciones.

Un primer problema que se debate es si las obligaciones naturales constituyen o no un vínculo jurídico.

Algunos autores se inclinan por la solución negativa: desde el momento en que carecen de exigibilidad no configuran una relación jurídica.

La llamada obligación natural, dice otro autor, no es propiamente tal, pues le falta el elemento de coerción que es indispensable para configurar esa noción jurídica. Vendría a ser una «obligación no obligatoria» y esa contradicción terminológica demuestra que la palabra «obligación» está mal empleada.

La teoría de las obligaciones naturales, se agrega, carece de lógica, pues no siendo exigibles ocurre que sólo adquieren el carácter de tales cuando el deudor voluntariamente las paga, y esto importa un contrasentido, porque el pago extingue las obligaciones, pero no las crea. Es un ser jurídico extraño y absurdo, se añade, aquél que sólo adquiere vida al convertirse en cadáver y que no tiene eficacia sino cuando pierde su existencia.

La obligación natural, en opinión de estos autores, es una quinta rueda en el Derecho, que no responde a nada práctico y que debe ser proscrita de los Códigos.

La teoría de las obligaciones naturales, dice Bonfante, citado por Busso, es un injerto inorgánico en las legislaciones modernas. Gran error fue el no haber sabido relegarla en momento oportuno al puesto histórico que le corresponde. Y actualmente representa un peligro, por

---

78 BUSSO, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo III, pp. 334 y ss.

el atractivo que ejerce sobre el espíritu de los teóricos, ofreciendo pábulo a una fantasía científica que se pone de manifiesto en la elaboración de doctrinas dotadas de una cierta *elegantia iuris*, pero que carece de toda base y derecho positivo.

Entre quienes admiten que las obligaciones naturales constituyen vínculos de derecho, surgen diversas opiniones para precisar cuáles son sus caracteres jurídicos propios y específicos: a) las que definen las obligaciones naturales por asimilación a las civiles, b) las que recurren a la figura técnico-histórica del *debitum sin garantia* y c) quienes las definen como institución de derecho natural o que llegan a la consagración jurídica de los deberes de conciencia.

(a) Una corriente de opinión sostiene que las obligaciones naturales por su estructura y por su contenido, son una simple variante de las obligaciones civiles. En definitiva, la obligación natural vendría a ser un vínculo reglamentado por la ley y al que, por razones especiales, el legislador no le ha atribuido una acción judicial que lo consagre.

(b) Se intenta, por otra parte, una interesante explicación de la naturaleza jurídica de las obligaciones naturales, sobre la base de la distinción entre el *debitum* y la *garantia*, considerados como elementos integrantes del concepto de la obligación.

La obligación natural sería en Derecho positivo una aplicación de la distinción conceptual entre los elementos integrantes de la obligación. Hay *debitum*, ya que existen razones para justificar la pretensión del sujeto activo; pero no hay garantía, ya que no se dan a esta pretensión medios para obtener su cumplimiento.

(c) En opinión de otros autores, las obligaciones naturales son deberes morales o de conciencia, tomados en consideración por la ley positiva en tanto producen efectos jurídicos. Los deberes de conciencia no quedan ya confinados a un campo puramente moral, sino que penetran decididamente al terreno de lo jurídico.

Algunos autores hablan de obligaciones de Derecho natural o de equidad, otros se refieren a deberes de conciencia, pero en el fondo son dos maneras de expresar una misma idea, a través de conceptos que resultan concordantes entre sí. La expresión «deberes de conciencia» implica hacer referencia a las convicciones íntimas del individuo y, simultáneamente, también a los conceptos supremos del bien, de la jus-

ticia y de la virtud que el sujeto llega a conocer por la vía de la intuición moral y que se convierten para él en imperativo de conducta.

Manuel Albaladejo[79] afirma que hay varias tesis respecto a la obligación natural:

(a) A tenor de una teoría, la obligación natural es una obligación no jurídica, sino moral, de conciencia, social, etc., a la que se atribuye un efecto jurídico: la irrepetibilidad del pago (pago jurídicamente no debido).

(b) Para otra teoría, la obligación natural es una obligación no jurídica inicialmente, pero que se convierte en jurídica cuando se paga.

(c) Por último, la tesis que considera acertada Albaladejo es que la obligación natural, aparte que desde un punto de vista no jurídico pueda ser calificada de «deber» o de «obligación», jurídicamente no es una obligación, no es un vínculo entre dos personas (deudor y acreedor), ni antes ni después del «pago». Jurídicamente sólo es un hecho que justifica la atribución patrimonial que se hizo al «acreedor», es decir, es sólo una justa causa de cada atribución (entrega o pago).

Borda[80] afirma que las obligaciones naturales son obligaciones anormales, pues a primera vista no parece jurídico hablar de obligación o de derecho sin acción para obligar al deudor a cumplir. Porque precisamente lo que define la obligación normal desde el punto de vista jurídico, es la posibilidad del acreedor de compulsar al deudor a darle cumplimiento y, en su defecto, a pagar la indemnización correspondiente. Pero si las obligaciones naturales no confieren acción para demandar el cumplimiento, no por ello están desprovistas de toda protección jurídica, ya que si el deudor ha pagado voluntariamente (única vía concebible desde que el acreedor no puede compulsarlo), el acreedor tiene derecho a retener lo pagado.

Llambías,[81] en fin, afirma que las obligaciones civiles están especialmente tuteladas por el Derecho positivo, que les reconoce la plenitud de la eficacia: exactamente los efectos que usualmente se le atribuyen. En cambio, las obligaciones naturales no se sustentan en el Derecho

---

79 ALBALADEJO, Manuel. *Op. cit.*, vol. II, tomo II, pp. 358 y ss.

80 BORDA, Guillermo A. *Op. cit.*, tomo I, pp. 338 y ss.

81 LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, tomo II-A, pp. 11 y ss.

positivo, sino exclusivamente en el Derecho natural y la equidad. Ello explica su reducida eficacia, en la medida en que el legislador ha entendido que debía darles carta de ciudadanía en la vía jurídica, por la sola consideración de su origen.

Hasta aquí las citas de ilustres civilistas sobre la materia.

En el Perú, poco o nada se ha escrito sobre las obligaciones naturales. Ello obedece, sin duda, a que el Código Civil vigente de 1984, y su antecedente inmediato, el Código de 1936, no se refieren a ellas, al menos utilizando esa denominación.

En efecto, el Código de 1984 sólo contiene dos normas que podrían inscribirse en la categoría de obligaciones naturales. El artículo 1275, cuando establece que no hay repetición de lo pagado en virtud de una deuda prescrita. Y el artículo 1943, cuando dispone que quien paga voluntariamente una deuda emanada del juego y la apuesta no autorizados, no puede solicitar su repetición.

A su turno, el Código de 1936 contenía reglas similares en cuanto a la prescripción, en el artículo 1285, y en cuanto al juego y la apuesta, en los artículos 1768 y 1770.

En el caso de la prescripción, la obligación nace como civil, plenamente válida, pero al carecer de acción no es exigible. Entonces ya no estamos ante una obligación civil, ni natural, ni de ninguna otra naturaleza, pues si no existe exigibilidad es porque el vínculo jurídico ha desaparecido. Y si no existe vínculo jurídico, tampoco existe obligación. Lo que queda, como expresamos al analizar la naturaleza jurídica de la obligación, es un deber jurídico con contenido patrimonial, que quien tuvo la condición de deudor puede cumplir o no. Ello dependerá, exclusiva y soberanamente, de su voluntad. Si cumple lo hace porque sus sentimientos íntimos lo impulsan a ello; porque existe un deber moral, un deber de conciencia, que quiere satisfacer. Y por eso la ley le veda la posibilidad de exigir la restitución de lo pagado.

Algo similar ocurre con el juego y la apuesta no autorizados. En este caso, a diferencia de la prescripción, nunca nació obligación alguna, ni civil, ni natural, ni de otras características. No hay vínculo jurídico entre las partes y por ello no existe el requisito de la exigibilidad. Tal relación sólo origina un deber —muy distinto por cierto de la obligación— con contenido patrimonial, que una persona —a quien no

podemos llamar deudora, porque nunca lo fue— satisface respecto de otra, cumpliendo, al igual que en el caso de la obligación prescrita, con un imperativo de su conciencia. Por eso, cuando se paga una obligación prescrita, no se puede repetir. Y añadimos que nada tiene de ilícito el juego y la apuesta no autorizados, pero no prohibidos por la ley. Se trata de actos lícitos que carecen de acción. Por tal razón, justamente, se impide exigir la restitución de lo pagado. Y por eso, cuando se paga, se responde a un deber íntimo.

Con esto terminan, en nuestra ley civil, las situaciones jurídicas que la doctrina tradicional denomina como «obligaciones naturales».

Los antecedentes de estos dos únicos casos de las llamadas obligaciones naturales, previstas por los Códigos de 1984 y 1936, se encuentran, en el caso del juego, en el artículo 1739 del Código Civil Peruano de 1852, antecedente inmediato, a su vez, del Código de 1936, que impedía repetir lo pagado voluntariamente por causa de juego, salvo que hubiere habido dolo o estafa por parte de quien ganó. Nada decía el Código de 1852 respecto de las obligaciones prescritas. Pero sí se refería a supuestos no previstos por los Códigos de 1984 y 1936, en su artículo 2126 («No se puede recobrar lo pagado en virtud de una obligación natural y que no se debía por obligación civil, como una deuda de un menor o de una mujer casada»). Aquí, a diferencia de la prescripción y del juego y la apuesta, había nacido —y para calificarla nos conferimos una licencia en el lenguaje— una «obligación irregular», susceptible de nulidad o anulabilidad, que luego de pagada la ley impedía repetir.

Y no existen, en la historia de los tres últimos Códigos Civiles Peruanos, otras relaciones jurídicas que puedan denominarse «obligaciones naturales». Con esto se agota el tema. No hay otros casos, dentro del concepto de obligación natural, en los que se pague y no se pueda repetir.

Situaciones similares son las que generan los llamados «deberes morales o de solidaridad social». A ellos, exactamente con esta misma denominación, se refieren los artículos 1275 del Código de 1984 y 1284 del Código de 1936.

El antecedente de estos preceptos lo encontramos en el artículo 2127 del Código de 1852, que disponía que «tampoco se puede recobrar lo que se hubiese dado con objeto de alimentos, o por causas de piedad,

o por efecto de entusiasmo, si antes o en el acto de entrega no se protestó, por documento público y con noticia del agraciado o de quien lo representaba, el derecho de reclamar el pago».

En todos estos casos hay razones éticas, ánimo de beneficiencia, muestras de gratitud o como quiera llamársele, pero no existe obligación alguna, ni civil ni natural, claro está, en la medida en que no se hubiese celebrado un contrato de donación u otro similar.

¿Cómo se juzgan los deberes morales y de solidaridad social? Por las circunstancias de cada caso concreto. Vamos a ubicarnos, para ilustrar situaciones, en los extremos.

Dice el artículo 1223, *in fine*, del Código Civil de 1984, que quien recibió en pago bienes que se consumen por el uso o dinero de quien no podía pagar, sólo está obligado a devolver lo que no hubiese consumido o gastado. Hasta aquí su obligación, y sin duda de carácter civil. Pero si restituye lo que hubiese consumido o gastado, entonces estaría cumpliendo con un deber moral —no con una obligación civil ni natural— y, conforme al artículo 1275 del Código, no podría repetir. Y como éste, existen decenas de casos en nuestra ley civil.

Al otro extremo, si una persona alimenta a un mísero que padece de hambre, y con quien no lo une vínculo alguno, ni siquiera de amistad, también está cumpliendo con un deber moral o con un imperativo de solidaridad social. La ley, por tanto, le impide repetir lo pagado. ¿De qué obligación podríamos hablar en este caso?

La gama de deberes morales o de solidaridad social puede remontarse hasta el infinito. Ellos impregnan al Derecho de un concepto ético y por eso elogiamos, sin reservas, los preceptos que los consagran.

Estas situaciones prácticamente se confunden con las que generan las denominadas «obligaciones naturales», que, por esas razones, deben pertenecer a una casta en vías de extinción.

Su clasificación en Roma, con todas las singularidades del Derecho allí vigente, es inapropiada en nuestros tiempos. Por esto, porque la propia denominación de «obligación natural» es incoherente, y porque basta que los principios morales estén cada día más arraigados en la norma jurídica, es que en el Código de 1984 sólo quedan dos rezagos, que hemos preferido denominar como «deberes morales o de solidaridad social». Y lo hacemos así porque las dos normas existen, no podemos

eludirlas, aunque preferiríamos clasificar esos dos casos, insistimos, simplemente como «deberes morales», dejando de lado todos los sofisticados artilugios a los que se apela para penetrar en la denominada «obligación natural», sin percibirse que ella sólo constituye un «deber moral», pues de obligación poco o nada tiene. Es en razón de ley expresa que preferimos asignarle clasificación expresa, pero tan sólo con propósitos de identificación.

Concluimos citando a Saleilles,[82] quien expresaba que «Cuando alguien realiza una prestación con el propósito de satisfacer un deber de conciencia, sería escandaloso que el Derecho le proporcionara el medio de recobrar lo que ha entregado, pues lo ha hecho con conocimiento de causa y con plena voluntad y libertad».

---

82 Ver LEÓN BARANDIARÁN, José. *Comentarios al Código Civil Peruano, Obligaciones*. Buenos Aires: EDIAR Editores, 1954, tomo II, p. 431.

# Sección Primera
# LAS OBLIGACIONES Y SUS MODALIDADES

# TÍTULO I
# OBLIGACIONES DE DAR

## 1. OBLIGACIONES DE DAR BIENES CIERTOS

### 1.1. Consideraciones generales

Las obligaciones con prestaciones de dar son, a grandes rasgos, aquellas que implican la entrega física o jurídica de un bien.

El Código Civil Peruano de 1984 inicia el tratamiento de las obligaciones de dar en su artículo 1132, precepto en el que se refiere a los bienes ciertos.

Antes de analizar la norma citada, consideramos imprescindible dar una noción de bien cierto.

Entendemos por bien cierto a aquel que al momento de generarse la obligación (cualquiera sea su causa) se encuentra total y absolutamente determinado o individualizado, vale decir, que se ha establecido con precisión qué deberá entregarse.

Tras lo expuesto, podemos afirmar que las obligaciones de dar bienes ciertos consisten en la entrega de un bien determinado.

### 1.2. El principio de identidad

De la definición que acabamos de esbozar se deduce como lógica consecuencia la regla contenida en el artículo 1132:

> *Artículo 1132.- «El acreedor de bien cierto no puede ser obligado a recibir otro, aunque éste sea de mayor valor».*

Así, dicho artículo recoge el principio fundamental de identidad en las obligaciones con prestaciones de dar, consistente en que el acreedor de bien cierto no puede ser obligado a recibir otro, aunque éste sea de mayor valor.

Utilicemos como ejemplo, para ilustrar el caso, que el deudor se ha obligado frente a su acreedor a entregarle el día de mañana el auto usado marca Nissan, modelo Sentra, año 2000, de placa KQ-2426, número de motor «X» y número de chasis «Y». En virtud de la norma, es claro que el deudor no podrá entregar un vehículo distinto, ni siquiera un auto de similares características, pero de diferentes números de placa, motor y chasis, o uno que tuviera un valor mayor.

Sin perjuicio de lo anterior, la norma le concede al acreedor la posibilidad de aceptar un vehículo distinto si lo considera conveniente. Si el acreedor decide aceptar un bien diferente al acordado en su origen, no habría problema conceptual alguno, en tanto se estaría configurando —dentro de lo previsto por el Código Civil Peruano— una dación en pago, figura contenida en los artículos 1265 y 1266 del mencionado Código. No obstante ello, nosotros consideramos que se trataría de una novación objetiva, como lo analizaremos al desarrollar la dación en pago.

Debemos señalar que dentro del principio de identidad va implícito el derecho del deudor de no estar obligado a pagar entregando un bien diferente, lo que implica, a su turno, que el acreedor pueda negarse a recibir ese bien.

Por último, debemos advertir que el principio de identidad no es privativo de los bienes ciertos, ni de las obligaciones de dar, pues resulta común a toda clase de obligaciones.

### 1.3. Deber de información sobre el estado del bien

El artículo 1133 del Código Civil Peruano impone al deudor un deber de información:

> *Artículo 1133.- «El obligado a dar un conjunto de bienes ciertos informará sobre su estado cuando lo solicite el acreedor».*

La norma transcrita tiene como objetivo proteger el legítimo interés que pudiese tener el acreedor que desea conocer el estado de

conservación del bien mientras se encuentra en poder del deudor, vale decir, antes de su entrega.

Al respecto, consideramos que el legislador de 1984 cometió un error al restringir tal obligación a los supuestos en los que se deba entregar un conjunto de bienes ciertos. De la redacción vigente podría deducirse que si el deudor sólo está comprometido a entregar un bien cierto, no se encuentra obligado a informar sobre su estado cuando el acreedor lo solicite.

El error que hemos resaltado, sin embargo, puede salvarse descartando una interpretación literal del precepto. Así, nosotros creemos que la norma del artículo 1133 hay que interpretarla extensivamente, siendo de aplicación, por tanto, incluso en los casos en que únicamente deba entregarse sólo un bien.

### 1.4. Obligación de conservar el bien

El artículo 1134 establece explícitamente que la obligación de dar implica también la de conservar el bien:

> *Artículo 1134.- «La obligación de dar comprende también la de conservar el bien hasta su entrega.*
>
> *El bien debe entregarse con sus accesorios, salvo que lo contrario resulte de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso».*

El primer párrafo del artículo 1134 del Código Civil Peruano de 1984 impone al deudor la obligación de conservar el bien hasta su entrega, esto es, de realizar todos los actos conducentes a que el bien conserve en el momento en que se efectúe la tradición al acreedor, todas las características que tenía al tiempo en que se generó la obligación; en el caso de los contratos, al momento de su celebración.

En lo relativo al segundo párrafo del numeral 1134, el precepto no hace sino recoger los principios establecidos por el artículo 888 del Código Civil, en lo referente a las partes de un bien que se consideran sus accesorios. Esta norma señala que «son accesorios los bienes que, sin perder su individualidad, están permanentemente afectados a un fin económico u ornamental con respecto a otro bien». El segundo párrafo del artículo 1134 recoge el antiguo principio jurídico de que lo accesorio

sigue la suerte de lo principal, de modo tal que si un deudor se halla obligado a entregar un bien cierto, deberá hacerlo junto a sus accesorios. La ley establece como excepciones si lo contrario resultase de la propia ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso.

Resulta fácil imaginar ejemplos de los dos primeros supuestos señalados en la parte final del artículo 1134 (la ley o el título de la obligación); pero no lo es tanto imaginar uno correspondiente al tercer supuesto (circunstancias del caso). Por nuestra parte, pensamos que podríamos comprender dentro de este rubro el siguiente ejemplo:

Si un laboratorio químico vende uno de sus locales a otro laboratorio químico, sin establecerse en el contrato si se deberán entregar o no los implementos e instalaciones propias del rubro o actividad que estaba desarrollándose en dicho local, de las circunstancias del caso (por ser también un laboratorio el comprador del local) deberá entenderse que se incluyen tales implementos o accesorios dentro de los bienes a entregar. Lo contrario podría presumirse si quien adquiere dicho local no es otro laboratorio, sino un almacén de mercaderías textiles, por ejemplo.

Otro ejemplo respecto de las circunstancias del caso nos lo brinda el ilustre jurista Manuel Augusto Olaechea, cuando expresa que la subordinación económica o la aplicación permanente a un fin, no son principios estereotipados. Una casa que tiene estatuas en su jardín, no se sabe si tendrá esos objetos en calidad de accesorios. Habría que atenerse a un contrato, a un acuerdo de partes, porque en el Perú no hay la costumbre de tener jardines con estatuas. Pero, contrariamente, si se comprara un castillo de la época de Luis XIV, todas las cosas adheridas a él, como las arañas de luz, las cortinas y las estatuas, formarán parte integrante del castillo.

### 1.5. Concurrencia de acreedores

#### *1.5.1. Consideraciones generales*

Otro de los temas relativos a las obligaciones de dar bienes ciertos es el de la concurrencia de acreedores. Éste se encuentra regulado en los artículos 1135 y 1136, en los que se determina un orden de prelación para los casos de bienes inmuebles y bienes muebles, respectivamente.

Para un desapercibido lector, los artículos citados podrían entenderse referidos sólo al orden de preferencia para la transmisión de pro-

piedad, en caso de existir diversos acreedores. Sin embargo, el ámbito de ambas normas es distinto, ya que sus preceptos se aplican, en términos generales, a la concurrencia de acreedores respecto de las obligaciones de dar, vale decir, a todos aquellos casos en que por cualquiera de las fuentes de las obligaciones (los contratos, la voluntad unilateral o la ley), una persona se encuentre obligada a entregar el mismo bien, en calidad de deudor, a diversos acreedores, los que no necesariamente pueden tener títulos o derechos similares sobre el bien.

Los acreedores, en efecto, podrían actuar con títulos de distinta naturaleza, pero lo relevante será que todos ellos tengan derecho a que el deudor les entregue el mismo bien, ya sea para el ejercicio de cualquiera de los atributos de la propiedad (uso o goce) o ya sea la propiedad misma.

La función de estos mecanismos de preferencia en las normas no es otra que la de establecer a quién, entre los diversos acreedores, se va a elegir para el goce exclusivo del derecho reclamado.

De esta manera, si nos remitimos a la finalidad genérica de los artículos 1135 y 1136 del Código nacional, diríamos que simple y llanamente ellos determinan a quién va a entregarse el bien, pero dicha entrega, por el carácter de los contratos celebrados entre el deudor y los diversos acreedores, determinará que uno de ellos, aquel a quien se le entregue el bien, ejerza sobre el mismo todos los derechos de propietario.

Aquí vemos como los artículos de concurrencia de acreedores, si bien no tienen como finalidad regir la transferencia de dominio, en el supuesto que hemos mencionado tienen directa relación con este tema; vale decir, luego de haber planteado el problema, observamos que las normas relativas a la transferencia de propiedad, los artículos 947 y 949, no están aisladas, sino que deben concordarse con los numerales 1135 y 1136.

Evidentemente estos conceptos también se aplican cuando la concurrencia de acreedores comprende la constitución de derechos reales distintos al de propiedad, como sería el caso del uso, habitación, usufructo, superficie, servidumbres o posesión, o derechos reales de garantía, como la hipoteca, la prenda o la anticresis, o, incluso, cuando estemos en presencia de cualquier otro título diverso, que implique haberse obligado a entregar un mismo bien a más de un acreedor.

Antes de analizar los artículos 1135 y 1136 en los que se regula la concurrencia de acreedores, debemos determinar qué es un documento de fecha cierta, pues dicha noción resulta fundamental en la aplicación de los citados preceptos.

En primer lugar, diremos que documento de fecha cierta es aquel sobre el cual recaiga una constancia o manifestación de un funcionario público competente que dé fe de la fecha de realización o suscripción del mismo, y que tal fe revista validez.

También son documentos que revisten fecha cierta los presentados en un proceso judicial, en el sentido de que la fecha de su presentación le otorgará certidumbre, con las constancias de recepción (sellos y rúbrica del Secretario) que aparezcan en ellos. Adicionalmente lo serían aquellos documentos privados susceptibles de inscribirse en los Registros Públicos.

La fecha en la que conste la presentación de dichos documentos en un proceso judicial o en los Registros Públicos, determinará que a partir de allí ella sea cierta. Dicho en otras palabras, hoy se puede presentar en un proceso un documento privado de hace tres años, pero ello no determina que se considere que la fecha en que se extendió ese documento sea la de hace tres años. La fecha cierta recién sería la correspondiente al día de su presentación. Y lo mismo ocurriría respecto a los Registros Públicos.

Conviene señalar que de los instrumentos públicos, las escrituras públicas no son los únicos instrumentos que pueden contener una fecha que revista certidumbre. Esto, debido a que las normas relativas a los notarios públicos otorgan a estos funcionarios como atribución principal la de dar fe pública de determinados actos en los cuales participan a petición de los particulares.

De lo expuesto podemos concluir en que son documentos de fecha cierta aquellos en los que haya intervenido un notario público dando fe de la misma, tales como las escrituras públicas, las minutas con fecha o firmas legalizadas y los contratos privados con fecha o firmas legalizadas, además de aquellos en los cuales ha sobrevenido la muerte o incapacidad física de uno de los otorgantes.

De existir en la concurrencia de acreedores documentos privados de fechas distintas y ninguno de ellos de fecha cierta, deberá preferirse al que tenga fecha más antigua.

### *1.5.2. Concurrencia de acreedores de bien inmueble*

El artículo 1135 del Código Civil dispone que cuando el bien es inmueble y concurren diversos acreedores a quienes el mismo deudor se ha obligado a entregarlo, se prefiere primero al acreedor de buena fe cuyo título fue primeramente inscrito. Si no ha habido inscripción, se prefiere al acreedor que tenga el título de fecha cierta más antigua. Si ninguno de los acreedores tiene título de fecha cierta, lo que no constituye un supuesto recóndito, será preferido aquél cuyo título revista mayor antigüedad:

> Artículo 1135.- «*Cuando el bien es inmueble y concurren diversos acreedores a quienes el mismo deudor se ha obligado a entregarlo, se prefiere al acreedor de buena fe cuyo título ha sido primeramente inscrito o, en defecto de inscripción, al acreedor cuyo título sea de fecha anterior. Se prefiere, en este último caso, el título que conste de documento de fecha cierta más antigua*».

Como se infiere, este supuesto no reviste problemas y simplemente debe seguirse el orden de prelación previsto. Después de todo, al ser todos los inmuebles bienes registrables, esto es susceptibles de inscripción en los Registros Públicos, resulta lógico que se le dé preeminencia a quien inscribió, con buena fe, pues en este caso la ley protege a aquel que cuida con mayor diligencia sus derechos.

Así, en el supuesto en que la obligación de dar se origina como consecuencia de una obligación de transferencia de propiedad, aquel que ha inscrito su derecho en los Registros ha tenido la diligencia de convertir su propiedad relativa en absoluta.

Entonces, podríamos concluir en que la solución adoptada por el legislador privilegia la seguridad jurídica, que es el fin sobre el cual se construye la publicidad registral y, en general, el Derecho mismo.

### *1.5.3. Concurrencia de acreedores de bien mueble*

Por otro lado, en el artículo 1136 se regula la concurrencia de acreedores de bien mueble:

> Artículo 1136.- «*Si el bien cierto que debe entregarse es mueble y lo reclamasen diversos acreedores a quienes el mismo deudor se hubiese obligado a entregarlo, será preferido el acreedor de buena fe a quien el*

*deudor hizo tradición de él, aunque su título sea de fecha posterior. Si el deudor no hizo tradición del bien, será preferido el acreedor cuyo título sea de fecha anterior; prevaleciendo, en este último caso, el título que conste de documento de fecha cierta más antigua».*

Nos inclinamos a pensar que deberían seguirse, para el caso de los bienes muebles registrables, los mismos principios de protección al acreedor diligente que en el supuesto de los bienes inmuebles. En este caso, sin embargo, nos encontraríamos ante un nuevo problema, ya que ambos acreedores podrían ser considerados como diligentes: el primero, por haber tenido la precaución de exigir que se le haga entrega del bien, y el segundo, por haber tenido la diligencia de inscribir primero su derecho en los Registros Públicos.

La problemática que se puede presentar en el caso de bienes muebles se encuentra circunscrita al tema de los bienes muebles registrables y no registrables.

Si se tratase de un bien no registrable o registrable pero que no se encuentre registrado, no habría obstáculos conceptuales que aconsejaran no aplicar el orden de prelación consignado en el artículo 1136.

Sin embargo, podría argumentarse que debería ser preferido aquél que inscribió primero su derecho, porque al inscribirlo él resulta oponible *erga omnes*.

En el caso de los bienes muebles registrados a nuestro entender pueden adoptarse cuanto menos dos interpretaciones distintas que, como tales, acarrean consecuencias jurídicas diferentes.

La primera, la seguridad jurídica que los Registros permiten alcanzar, le daría preeminencia, respecto de aquel a quien le fue entregado el bien, al derecho de quien inscribió su título. Desde esa perspectiva se preferiría al Registro sobre la posesión, por considerar que esta última constituye un signo de recognoscibilidad de derechos que brinda una información imperfecta y, por ende, menos segura que la del Registro. Los defensores de esta posición tienen como argumento que la información hecha pública por posesión no puede generar confianza plena en todos los casos, por basarse en la apariencia.

No obstante que no cuestionamos la esencia de ese argumento, nos inclinamos por una interpretación distinta, esto es por la adoptada en la norma contenida en el artículo 1136.

Así, consideramos que debe tener preferencia aquel a quien en efecto se le entregó el bien cierto registrable, y ello por una sencilla razón. Este sujeto ha sido más diligente que aquél que registró el bien.

Admitimos, como ya lo expresamos, que el Registro es el signo de recognoscibilidad de derechos que puede generar mayor confianza y certidumbre. Sin embargo, por la naturaleza de los bienes de que se trata, esto es bienes muebles, la posesión de los mismos se vuelve indispensable para la adquisición del derecho.

El Derecho debe dar preferencia a la diligencia del sujeto que sí se preocupó porque se le entregue el bien mueble, independientemente de si éste era o no registrable.

Por otro lado, debemos precisar que entendemos a la buena fe a la que hacen referencia tanto el artículo 1135 como el artículo 1136, como sinónima de desconocimiento o ignorancia, pero siempre y cuando en ellos no haya mediado un actuar negligente por parte del acreedor. De lo contrario, ese acreedor no podría participar en la concurrencia.

Consideramos necesario dejar establecido que el Código Civil Peruano de 1984, en lo relativo al orden de prelación en la concurrencia de acreedores de bienes inmuebles, ha dado preferencia al acreedor de buena fe que inscribió su título en el Registro de la Propiedad Inmueble, prevaleciendo dicho título por sobre aquellos de los demás acreedores. Pero debe tenerse presente que, para la configuración de la concurrencia de acreedores, vale decir, para que un acreedor sea considerado en dicha concurrencia, resulta imprescindible que haya actuado de buena fe. En tal orden de ideas, si un acreedor fuese de mala fe, aunque hubiera inscrito su derecho en el Registro, no sería preferido frente a cualquier acreedor de buena fe, por más débil —aunque veraz— que sea su título.

Por otra parte, del análisis efectuado se desprende que siempre habrá, como consecuencia de la aplicación de los artículos 1135 y 1136 del Código Civil, un solo acreedor que sería preferido para la entrega del bien. Sin embargo, consideramos necesario distinguir según el título o causa eficiente del acreedor preferido.

Si el acreedor preferido recibe el bien a título de propietario, dicho acreedor no tendrá problema en el futuro; pero los demás acreedores verán frustradas sus expectativas referentes a la adquisición de sus respectivos derechos relativos al bien objeto de la prestación de dar.

Consideramos lógico que el deudor de dicho bien deberá responder, al haber inejecutado culposa o dolosamente las obligaciones que contrajo respecto de tales acreedores, por una indemnización de daños y perjuicios.

En el supuesto de que el acreedor preferido en la concurrencia tuviese un título que implicase únicamente el derecho de posesión, uso o disfrute temporal del bien, y otro de los acreedores (de los no preferidos) tuviese un título que le diese derecho a la propiedad del bien, al finalizar el plazo de posesión, uso o disfrute del bien —tal como fue establecido en la obligación— por parte del acreedor preferido, éste deberá entregar el bien al acreedor no preferido, quien desde este momento lo poseerá como le corresponde, es decir en calidad de propietario.

Resulta necesario, en este punto, efectuar una precisión. Es evidente que el propietario-acreedor tuvo que soportar la preferencia de otro acreedor para la entrega inmediata del bien; y por ello tendrá derecho, al igual que cualquier otro acreedor de los no preferidos en los órdenes prelatorios del Código Civil (artículos 1135 y 1136), a demandar del deudor que incumple el pago una indemnización por los daños y perjuicios sufridos por culpa o dolo de tal deudor. Sin embargo, en caso de que el acreedor-propietario postergado se vea beneficiado con el pago de una renta por parte del acreedor preferido para la entrega inmediata, dicho acreedor-propietario deberá descontar los montos recibidos por concepto de renta del monto total de la indemnización que pudiese demandar al deudor por concepto de los daños y perjuicios sufridos. Situación diversa es la que afrontaría el acreedor-propietario postergado, en caso de que el acreedor preferido para la entrega inmediata fuese solamente comodatario del bien, ya que en tal calidad no pagaría suma alguna por la posesión del bien. Es evidente que en este último caso el lucro cesante del acreedor y, por consiguiente, la indemnización que podría exigir al deudor, sería sin deducción alguna.

### *1.5.4. Concurrencia de arrendatarios*

Para concluir el análisis de los artículos 1135 y 1136, nos queda un último comentario que se centra en la convivencia de estos preceptos legales con el artículo 1670 del Código Civil, el cual recoge una norma especial referida a la concurrencia de arrendatarios.

En el artículo 1670 se establece que cuando se arrienda un mismo bien a dos o más personas, se prefiere al arrendatario de buena fe cuyo título ha sido primeramente inscrito, o, en defecto de inscripción, al que ha empezado a poseerlo. Si ninguno ha empezado a poseerlo, se prefiere al arrendatario cuyo título sea de fecha cierta más antigua, y, en su defecto, simplemente al que tenga el título de fecha más antigua.

La citada norma puede llegar a colisionar con lo establecido en los artículos 1135 y 1136, los cuales, como bien sabemos, son de aplicación general a la multiplicidad de obligaciones de dar o contratos susceptibles de generar dichas obligaciones.

Cabe imaginar un supuesto en el cual estuviésemos ante una concurrencia de acreedores en la que algunos de ellos sean arrendatarios, y los restantes cuenten con títulos de distinta naturaleza. En este caso habría que aplicar únicamente las reglas generales de los artículos 1135 y 1136, y abstenernos de hacerlo con relación al artículo 1670, el cual sólo sería aplicable cuando la totalidad de los acreedores que concurran para la entrega de un bien sean arrendatarios.

### 1.6. Pérdida de un bien cierto

El artículo 1137 del Código Civil Peruano de 1984 recoge algunos supuestos en los cuales la ley considera que se pierde un bien cierto a cuya entrega se ha obligado un deudor con su acreedor. Se entiende que la pérdida origina diversas consecuencias, desarrolladas más adelante, cuando estudiemos los supuestos contemplados por el artículo 1138, relativo a la teoría del riesgo:

> *Artículo 1137.- «La pérdida del bien puede producirse:*
>
> *1.- Por perecer o ser inútil para el acreedor por daño parcial.*
>
> *2.- Por desaparecer de modo que no se tenga noticias de él o, aun teniéndolas, no se pueda recobrar.*
>
> *3.- Por quedar fuera del comercio».*

El primer caso, contemplado por el inciso primero del artículo 1137, es aquel en el cual el bien perece o sea inútil para el acreedor por daño parcial. El perecimiento de un bien puede revestir diversas características. En los casos de seres vivos, se entiende claramente cuál es el sentido del perecimiento, pues coincide con la muerte física. Sin

embargo, el concepto no es tan claro en el caso de los bienes que no son seres vivos. Un vehículo perecerá, obviamente, cuando se destruya. En todo caso, lo cierto es que el concepto no puede aplicarse con excesiva rigidez.

Debemos señalar, además, que para efectos prácticos, en el Derecho peruano puede no tener mayor importancia distinguir la destrucción total de la destrucción parcial, ya que el daño parcial del bien, que lo hace inútil para el acreedor, también es un supuesto de pérdida.

Se trataría del caso en que no se produce el perecimiento o destrucción total del bien. Aunque este no se destruye totalmente sufre un daño parcial que lo hace inútil para el acreedor. Podría entenderse como un ejemplo de esta situación, el que un automóvil sufra un accidente, a consecuencia del cual se destruya toda la parte delantera, inutilizándose el motor y otras piezas fundamentales del vehículo. En este caso sería posible sostener que no ha habido una destrucción total, y que por lo tanto el bien no habría perecido, pero será igualmente claro que el daño ocasionado al vehículo es de tal magnitud que lo hará totalmente inútil para el acreedor. Esta hipótesis también está prevista, como equivalente a pérdida, por el mismo inciso primero del artículo 1137 del Código Civil.

El inciso segundo del precepto mencionado señala el caso en el cual el bien desaparezca de modo tal que no se tenga noticias de él o, aun teniéndolas, no se pueda recobrar.

De este inciso podemos extraer claramente dos supuestos distintos. El primero es la desaparición del bien, sin que se tenga noticias de él. Vamos a consignar un ejemplo, a nuestro juicio ilustrativo. Si una persona se hubiese obligado a entregar a otra una pelota de playa, y precisamente en la playa —evidentemente antes de la entrega—, jugando con esa pelota, la misma se introduce en el mar y éste la arrastra, sin posibilidad de recuperación, hasta perderse en el horizonte, se habrá configurado un supuesto en el cual el bien ha desaparecido, sin tenerse noción de dónde puede estar, ya que las corrientes marinas lo pueden haber hecho llegar a cualquier parte.

Un ejemplo del segundo supuesto de este mismo inciso segundo del artículo 1137 del Código Civil Peruano, podría ser aquél en el cual un andinista se hubiese obligado frente a otro —compañero de aven-

turas— a entregarle su reloj, resistente a golpes fuertes y especial para efectuar dicha actividad de alturas y temperaturas extremas. En una excursión, al deudor se le cae el reloj a una grieta de una profundidad de 50 metros, en las alturas de la Cordillera de los Andes. Luego de caído el artefacto, y utilizando largavistas, los andinistas logran ubicar exactamente dónde se encuentra dicho bien. Sin embargo, constatan que, pese a conocer su ubicación, resulta físicamente imposible recuperarlo, por la inhóspita naturaleza de la zona y lo angosto de la grieta donde se encuentra.

El inciso tercero del artículo 1137 del Código Civil Peruano establece que se considerará perdido un bien cuando éste quede fuera del comercio. En realidad, los bienes se encuentran fuera del comercio en razón de alguna norma legal que así lo prescriba.

Supongamos que se trata de cigarrillos, los cuales hoy en día pueden ser perfectamente comercializados. Imaginemos que una persona se ha obligado ante otra a entregarle dos cajas determinadas de cigarrillos, dentro de dos días. Si así fuese, y al día siguiente de celebrado el contrato el gobierno a través de un decreto supremo prohibiese la venta y comercialización de los cigarrillos, bajo cualquier modalidad, dentro del territorio de la República, sería evidente que estos bienes habrían quedado fuera del comercio, razón por la cual en virtud de lo establecido por el inciso bajo comentario del artículo 1137, debe entenderse que dicho bien se ha perdido.

Antes de concluir nuestros comentarios sobre el inciso tercero del artículo 1137 del Código Civil Peruano, debemos señalar que consideramos también comprendido en este inciso al supuesto en el cual un bien sea expropiado.

### 1.7. Teoría del riesgo en las obligaciones de dar bien cierto

El artículo 1138 del Código Civil Peruano de 1984 contiene las reglas que establecen cuál de las partes de la relación obligacional debe sufrir o correr con el riesgo de la pérdida de la contraprestación, ante la imposibilidad de ejecución de la prestación o su deterioro. Conviene reiterar que el ámbito de aplicación general del artículo 1138, al igual que del resto de normas de obligaciones de dar, corresponde a la generalidad de las mismas y no sólo a las obligaciones de dar que impliquen transferir la propiedad de un bien.

*Artículo 1138.- «En las obligaciones de dar bienes ciertos se observan, hasta su entrega, las reglas siguientes:*

*1.- Si el bien se pierde por culpa del deudor, su obligación queda resuelta; pero el acreedor deja de estar obligado a su contraprestación, si la hubiere, y el deudor queda sujeto al pago de la correspondiente indemnización.*

*Si como consecuencia de la pérdida, el deudor obtiene una indemnización o adquiere un derecho contra tercero en sustitución de la prestación debida, el acreedor puede exigirle la entrega de tal indemnización o sustituirse al deudor en la titularidad del derecho contra el tercero. En estos casos, la indemnización de daños y perjuicios se reduce en los montos correspondientes.*

*2.- Si el bien se deteriora por culpa del deudor, el acreedor puede optar por resolver la obligación, o por recibir el bien en el estado en que se encuentre y exigir la reducción de la contraprestación, si la hubiere, y el pago de la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, siendo de aplicación, en este caso, lo dispuesto en el segundo párrafo del inciso 1. Si el deterioro es de escasa importancia, el acreedor puede exigir la reducción de la contraprestación, en su caso.*

*3.- Si el bien se pierde por culpa del acreedor, la obligación del deudor queda resuelta, pero éste conserva el derecho a la contraprestación, si la hubiere. Si el deudor obtiene algún beneficio con la resolución de su obligación, su valor reduce la contraprestación a cargo del acreedor.*

*4.- Si el bien se deteriora por culpa del acreedor, éste tiene la obligación de recibirlo en el estado en que se halle, sin reducción alguna de la contraprestación, si la hubiere.*

*5.- Si el bien se pierde sin culpa de las partes, la obligación del deudor queda resuelta, con pérdida del derecho a la contraprestación, si la hubiere. En este caso, corresponden al deudor los derechos y acciones que hubiesen quedado relativos al bien.*

*6.- Si el bien se deteriora sin culpa de las partes, el deudor sufre las consecuencias del deterioro, efectuándose una reducción proporcional de la contraprestación. En tal caso, corresponden al deudor los derechos y acciones que pueda originar el deterioro del bien».*

Queda claro con la lectura de la norma trascrita que el artículo 1138 del Código regula la teoría del riesgo, destinada a verificar cuál de las dos partes en la relación jurídica (el acreedor o el deudor) es quien tiene que sufrir el riesgo por la pérdida de la contraprestación, si la hubiere, y eventualmente indemnizar por daños y perjuicios.

La teoría del riesgo adquiere relevancia cuando para la ejecución de la prestación deba mediar un lapso —apreciable en el tiempo— desde el momento en que se celebró el contrato o, en general, desde el momento en que tuvo nacimiento la obligación, hasta el momento en que ésta deba ejecutarse. Resulta claro que en este caso, en el intervalo podría ocurrir una pérdida o un deterioro del bien objeto de la prestación.

Analizando los diversos principios contenidos en el artículo 1138 del Código Civil Peruano de 1984, advertimos que el inciso primero trata acerca del supuesto en el cual el bien se pierda por culpa del deudor.

En este caso la ley considera que:

(a) La obligación queda resuelta, deduciéndose ello de que ya resultará imposible ejecutar la prestación.

(b) El acreedor dejará de estar obligado a ejecutar su contraprestación, en el caso de tratarse de un contrato con prestaciones recíprocas.

(c) El deudor estará sujeto al pago de una indemnización por los daños y perjuicios que le hubiese causado al acreedor, de ser el caso.

Un ejemplo del supuesto regulado por el inciso primero del artículo 1138 es aquél en el cual una persona se obliga ante otra a entregarle un automóvil. La noche anterior a su entrega, decide dar una vuelta al barrio conduciendo el vehículo, y al hacerlo sufre un accidente, causado por él mismo, ya que se produjo al haber cruzado una calle sin observar la luz roja del semáforo. Si como consecuencia de dicho accidente el auto se destruye totalmente (perece) o sufre tales daños que lo hagan inútil para el acreedor (lo que también constituye un supuesto de perecimiento), se habrá producido la pérdida del bien, y por lo tanto serán de aplicación las consecuencias previstas por el inciso primero de este artículo.

En ese caso, el acreedor dejará de estar obligado a pagar la contraprestación que se había comprometido a entregar a cambio del automóvil.

Resulta claro que para el supuesto en el cual el bien se pierda por culpa (concepto dentro del cual se incluye obviamente al dolo) del deudor, la ley ha establecido el principio de que éste sufre la pérdida de la contraprestación y queda sujeto al pago de la indemnización correspondiente.

El segundo párrafo del inciso primero establece algunos principios destinados a que el acreedor vea satisfechos, de la manera más expeditiva, sus derechos. En tal sentido, si el vehículo hubiese estado asegurado y el deudor recibiese por concepto del accidente y del daño ocasionado al vehículo (que en este caso sería un siniestro total) una indemnización, el acreedor podría exigir la entrega de tal indemnización o sustituirse al deudor en la titularidad del derecho contra el tercero, reduciéndose la indemnización de daños y perjuicios en los montos correspondientes.

Si suponemos que la cantidad que el acreedor del vehículo se había comprometido a entregar al deudor como precio era de 16,000 nuevos soles, y el acreedor hubiese sufrido daños y perjuicios generados por concepto de la falta de entrega del bien por parte del deudor, por un monto de 5,000 nuevos soles, dicho acreedor tendría la oportunidad de hacerse cobro de esta última suma del monto que la Compañía de Seguros deba pagar al deudor. En tal sentido, el deudor solamente recibiría por concepto del siniestro la cantidad de 11,000 nuevos soles. Los otros 5,000 nuevos soles corresponderían al acreedor. Todo esto, desde luego, en la medida en que el siniestro estuviese cubierto por la póliza de seguros correspondiente.

El segundo párrafo citado también se refiere al caso en que exista concurrencia de culpas entre el deudor y un tercero, lo que significa que el acreedor podría exigir directamente la indemnización al tercero que contribuyó a causar el daño.

El inciso segundo del artículo 1138 contempla el caso en el cual el bien se deteriora por culpa del deudor. La determinación en cada supuesto de si ha habido pérdidas —en los términos del artículo 1137— o simplemente deterioro de la cosa, es una cuestión de hecho sobre la que no conviene generalizar en abstracto, sino atenerse a las circunstancias del caso, teniendo el deudor que proporcionar la prueba de esas circunstancias, según los principios generales vigentes al respecto. Si la cosa se hallase deteriorada en el momento de la entrega y el acreedor

pretendiera que no lo estaba cuando la obligación se convino, incumbe al deudor la prueba de que el deterioro ya existía y que el acreedor lo tuvo en cuenta al contratar.

En el caso del artículo 1138, inciso segundo, se otorga al acreedor una opción entre:

(a) Resolver la obligación; o

(b) Recibir el bien en el estado en que se encuentre y exigir la reducción de la contraprestación, si la hubiere.

En ambos supuestos será procedente una indemnización de daños y perjuicios, si éstos se hubiesen producido en detrimento del acreedor.

El deterioro, para dar lugar a la resolución de la obligación, debe ser, por lo menos, apreciable, ya que si el bien se hubiese deteriorado ligeramente, no debería haber lugar a tal posibilidad.

El inciso segundo del artículo 1138 también otorga al acreedor los derechos a percibir la indemnización por los daños y perjuicios sufridos, del monto que el deudor del bien recibiese como indemnización por concepto del contrato de seguro concertado con alguna Compañía de este ramo, o, de estar frente al supuesto, de exigir la reparación a un tercero que hubiera contribuido con la culpa del deudor a ocasionar la pérdida del bien.

De lo señalado, resulta evidente que en el inciso segundo del artículo 1138 también se ha adoptado el principio por el cual el riesgo de pérdida de la contraprestación lo sufrirá el deudor.

Por otra parte, el inciso tercero del artículo 1138 del Código Civil regula un supuesto distinto: aquél en el cual el bien se pierde por culpa (evidentemente también se incluye al dolo) del acreedor. En este caso el riesgo de pérdida de la contraprestación debe ser asumido por el acreedor, ya que obedecería a su actuar culposo (o doloso) que la prestación se hubiera perdido (comprendiendo dentro de la pérdida a cualquiera de los supuestos establecidos por el artículo 1137).

Para el referido inciso tercero, la consecuencia de dicha pérdida será que la obligación del deudor quede resuelta, conservando el deudor el derecho a recibir del acreedor culpable, el pago de la correspondiente contraprestación (en caso de ser un contrato de prestaciones recíprocas).

Adicionalmente, este inciso prescribe que si el deudor obtuviese algún beneficio con la resolución de su obligación, su valor reduce la contraprestación a cargo del acreedor, evitándose así que la imposibilidad beneficie al deudor más allá de lo que representaba el valor del bien.

Por otra parte, el inciso cuarto del artículo 1138 contempla el supuesto en que el bien se deteriore por culpa del acreedor, caso en el cual éste tendrá la obligación de recibirlo en el estado en que se halle, sin reducción alguna de la contraprestación, si la hubiere. Solución lógica y justa, sin duda.

El inciso quinto del artículo 1138 contempla el supuesto de pérdida del bien sin culpa de las partes (acreedor ni deudor). Para este caso, la ley pudo optar entre cualquiera de los siguientes tres principios:

(a) El riesgo de pérdida de la contraprestación lo sufre el deudor;

(b) El riesgo de pérdida de la contraprestación lo sufre el acreedor; o,

(c) El riesgo de pérdida de la contraprestación lo asumen, por igual, acreedor y deudor.

En el primer caso, si el bien se perdiese, el deudor nada recibiría, puesto que el acreedor ya no estaría obligado a la ejecución de la contraprestación.

En el segundo caso, el acreedor, a pesar de no recibir nada, estaría obligado al pago del íntegro de su contraprestación.

En el tercer caso, el acreedor, si bien no tendría que pagar el íntegro de su contraprestación, sí debería sufragar la mitad de la misma o de su valor. En este sentido se entendería que ambas partes asumirían el riesgo de la pérdida.

Reconociendo que ninguno de los principios mencionados constituye uno de justicia absoluta, y que más bien este problema se resuelve con una norma legislativa, el Código Civil Peruano de 1984 ha optado por el primero de ellos, vale decir, por aquel que sostiene que en caso de pérdida del bien sin culpa de las partes, el riesgo de pérdida de la contraprestación lo sufra el deudor.

La regla contenida en el inciso quinto del artículo 1138, en tanto se funda en la interpretación de la voluntad presunta de las partes, es

meramente dispositiva, lo que implica que puede ser excluida por los contratantes si así lo prefieren. En ejercicio de su autonomía privada, ellos podrían colocar el riesgo con cargo al acreedor, decidiendo que éste se hallará sujeto a cumplir con su propia obligación, aunque un caso fortuito o de fuerza mayor le impida a la otra parte cumplir con la suya, o, incluso, compartiendo los riesgos entre acreedor y deudor.

Siguiendo con nuestro análisis del inciso quinto del artículo 1138 del Código Civil, vamos a utilizar dos ejemplos para ilustrar el principio en él contenido:

(a) Un deudor debe a su acreedor un automóvil, por el cual este último le va a pagar la cantidad de 16,000 nuevos soles. Si antes de la entrega el bien se pierde por un acto en el cual no hubiese mediado culpa alguna de los contratantes (por ejemplo, un atentado terrorista), el deudor sufrirá la pérdida del bien, entendiéndose que su obligación queda resuelta y que el acreedor nada le va a pagar.

Pero aquí queremos plantear un tema adicional; el de la transferencia de propiedad.

En este ejemplo, por ser un bien mueble el objeto de la prestación, será el deudor quien sufra su pérdida, no en su calidad de deudor, sino como propietario del mismo (ya que en virtud del artículo 947 del Código Civil, la propiedad mueble se transfiere con la entrega del bien), y además, sufrirá la pérdida de la contraprestación, ya que el acreedor nada le pagará.

(b) Si tomando en cuenta la misma estructura del ejemplo anterior, el objeto de la prestación del deudor de bien cierto no fuera un automóvil, sino una casa, y dicha casa se destruyese (esta vez, por un terremoto), la pérdida como dueño no la soportaría el deudor, sino el acreedor, pues aunque no le ha sido todavía entregado el bien, ya sería propietario del mismo, debido a que el artículo 949 del Código Civil establece que la propiedad inmueble se transfiere con la sola obligación de enajenar. Pero en este caso, el riesgo de la contraprestación, de acuerdo al principio contenido en el inciso quinto del artículo 1138 del Código Civil, lo asumiría el deudor, al no recibir nada a cambio por parte del acreedor.

En este caso, el acreedor nada deberá pagar, pero el bien ya habría sido suyo al momento en que se destruyó sin culpa de las partes.

Esta situación no tendría trascendencia alguna si el bien se hubiese destruido en su totalidad, pues nada habría quedado de él, y por lo tanto quien hubiese sido su dueño no podría obtener utilidad de los restos del mismo.

Sin embargo, al tratarse de una casa, sería evidente que el terreno de la misma quedaría subsistente (ya que el terreno no se habría perdido). En este caso tendríamos un problema jurídico.

De acuerdo con las normas relativas a la transferencia de propiedad, el acreedor de la casa es el propietario del terreno sobre el que está construida, y habría adquirido la propiedad del mismo a cambio de nada (lo que resultaría injusto). Pero la segunda parte del inciso quinto del artículo 1138 establece que en este caso corresponderán al deudor los derechos y acciones que hubiesen quedado relativos al bien. Y es esto último lo que prevalece en la evaluación del tema puntual que estamos analizando, pues la letra del precepto es clara e indubitable.

Por otra parte, la solución planteada por el inciso sexto del artículo 1138 al tema del deterioro del bien sin culpa de las partes, recoge el mismo principio que el inciso anterior, en el sentido de que es el deudor quien asume el riesgo de la contraprestación como consecuencia del deterioro, correspondiéndole los derechos y acciones que él pueda originar.

### 1.8. Presunción de culpa del deudor

La presunción establecida en el artículo 1139 del Código Civil Peruano resulta una *iuris tantum*:

> *Artículo 1139.- «Se presume que la pérdida o deterioro del bien en posesión del deudor es por culpa suya, salvo prueba en contrario».*

El sentido de la norma es adecuado, ya que si la pérdida del bien se produce antes de la entrega, resultará usual que él esté en posesión del deudor, y será este deudor, por tanto, quien se encuentre en contacto directo con el bien, razón por la cual será consciente de las razones que llevaron a su pérdida o deterioro; razones que, no está demás decirlo, en la mayoría de los casos serán desconocidas por el acreedor.

Por este motivo nos parece justo que el Código Civil haya establecido la presunción de que la pérdida o deterioro obedezca a culpa del deudor. Naturalmente que el deudor, si la pérdida o deterioro no

se hubiese producido por su culpa, tendrá la oportunidad de efectuar los descargos correspondientes, demostrando que actuó con la diligencia ordinaria requerida, o que la pérdida o deterioro se debió a causas que no le son imputables, o a caso fortuito, fuerza mayor o, incluso, a culpa del acreedor; todo ello por admitir el precepto prueba en contrario.

Esta norma, por lo demás, es coherente con el artículo 1329 del Código Civil (*Se presume que la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor*).

### 1.9. Pérdida del bien en obligación proveniente de delito o falta

> *Artículo 1140.- «El deudor no queda eximido de pagar el valor del bien cierto, aunque éste se haya perdido sin culpa, cuando la obligación proviene de delito o falta. Esta regla no se aplica si el acreedor ha sido constituido en mora».*

Como sabemos, las dos grandes fuentes de las obligaciones son la voluntad y la ley.

En el caso de la ley, existen disposiciones en el área civil que impiden efectuar determinados actos, y algunas otras, en el campo penal, que sancionan la comisión de dichos actos por constituir delitos o faltas. Para efectos del artículo 1140 nos interesan los delitos y faltas contra el patrimonio.

Si la obligación proviniese de alguno de esos supuestos, no se aplicarían las normas del inciso quinto del artículo 1138.

Según lo establece el artículo 1140, la obligación del deudor (en este caso, de quien comete el delito o la falta) no queda resuelta, sino que éste se encontraría obligado no a devolver el bien, pues le será imposible hacerlo, sino a devolver el valor del mismo.

La única excepción planteada por el artículo bajo comentario sería el caso en que el acreedor hubiese sido constituido en mora por el deudor que ha cometido la falta o delito.

### 1.10. Gastos de conservación

> *Artículo 1141.- «Los gastos de conservación son de cargo del propietario desde que se contrae la obligación hasta que se produce*

*la entrega. Si quien incurre en ellos no es la persona a quien correspondía efectuarlos, el propietario debe reintegrarle lo gastado, más sus intereses».*

Los gastos de conservación deben ser asumidos, en una primera instancia, por el deudor, ya que es éste quien se encuentra en posesión del bien, y quien mejor conoce lo necesario para mantenerlo en un estado de conservación similar a aquél que tenía cuando surgió la obligación de entregarlo al acreedor, sea tal deudor propietario del bien o no. Cabe resaltar que la figura del deudor podrá o no coincidir con la del propietario del bien.

La conservación del bien suele imponer gastos. A su turno, los gastos de simple mantenimiento son usualmente de sencilla verificación. El tema es más complejo cuando nos introducimos en el mundo de las mejoras.

Para que alguna mejora constituya un gasto de conservación del bien, deberá ser estrictamente necesaria para que el bien se mantenga hasta su entrega en similar estado al que tenía al momento en que surgió la obligación. Cualquier mejora que no conduzca a dicho fin, no tendría el carácter de gasto de conservación. Luego, para que una mejora constituya un gasto de conservación, deberá haber sido hecha por el poseedor no propietario, lo que, en casos usuales (salvo pacto en contrario), se limitará exclusivamente al ámbito de los bienes inmuebles, pues en estos casos ya se habría transferido la propiedad del bien al acreedor, quien deberá reembolsar su valor al deudor no propietario.

El Código Civil prevé en su artículo 916 a las mejoras como necesarias, cuando tienen por objeto impedir la destrucción o el deterioro del bien, razón por la cual, en nuestro concepto, toda mejora necesaria deberá considerarse como gasto de conservación.

Agrega dicho artículo que son mejoras útiles las que sin pertenecer a la categoría de las necesarias aumentan el valor y la renta del bien. En tal sentido, consideramos que sería difícil que una mejora útil presente la categoría de gasto de conservación. A nuestro entender, podría serlo cuando no revista mayor valor y esté directamente relacionada con el mantenimiento del bien.

Pero el hecho de que una mejora útil no sea considerada como gasto de conservación, no quiere decir que por tal circunstancia necesa-

riamente deje de ser abonada por el propietario del bien, si es efectuada por el poseedor no propietario que deba entregar un bien.

Es indudable que las mejoras de recreo, vale decir aquéllas que sin ser necesarias ni útiles, sirven para ornato, lucimiento o mayor comodidad, no podrían ser consideradas como gastos de conservación del bien.

Otro tema relacionado con este rubro es el régimen de los frutos en las obligaciones de dar bienes ciertos.

Frutos son los provechos renovables que produce un bien sin que se altere ni disminuya su substancia. Los frutos son naturales, industriales y civiles. Son frutos naturales los que provienen del bien, sin intervención humana. Son frutos industriales los que produce el bien, por la intervención humana. Son frutos civiles los que el bien produce como consecuencia de una relación jurídica.

Los frutos naturales, industriales y civiles pertenecen al propietario, productor y titular del derecho, respectivamente, sin perjuicio de los derechos adquiridos. Se perciben los frutos naturales cuando se recogen, los industriales cuando se obtienen y los civiles cuando se recaudan.

En tal sentido, según lo previsto por el Código Civil, los frutos siempre corresponderán al propietario del bien, independientemente de si éste es el deudor (si es que en la obligación de transferir propiedad, ésta todavía no se hubiese transferido) o si éste es el acreedor (si es que en una obligación de transferir propiedad, ésta ya se transmitió).

Retomando el tema de los gastos, son principios asumidos por la generalidad de la doctrina que los gastos de conservación son de cargo del propietario desde que se contrae la obligación hasta que se produce la entrega, y que si quien incurre en ellos no es la persona a la que correspondía efectuarlos, el propietario debe reintegrarle lo gastado, más sus intereses; no obstante, existen algunos temas derivados de este principio, sobre los cuales precisa reflexionar.

Parecería que estos conceptos han sido pensados en función a una obligación de dar en la cual el deudor es el propietario del bien, y además de ello, que dicho deudor se ha obligado a entregar el bien en propiedad.

Pero éste es sólo uno de los supuestos susceptibles de presentarse respecto a las obligaciones de dar. En tal sentido, si bien puede

constituir el caso más frecuente, no deja por ello de ser un supuesto más. Así, consideramos conveniente analizar algunas otras hipótesis:

a) Si el deudor de la obligación de dar un bien no es propietario del mismo, ni tampoco lo es el acreedor, parece evidente que el propietario del bien no tendría que sufragar gasto de conservación alguno.

Es el caso del subarrendamiento, en el cual ni el subarrendador (arrendatario en el contrato principal), ni el subarrendatario, son propietarios del bien. En este caso, los gastos no corresponderían al propietario.

b) Si se trata de una obligación de dar que implique la restitución del bien al acreedor (el mismo que puede o no ser su propietario).

En este caso, en las obligaciones de restituir un bien, los gastos de conservación no deberán ser sufragados por el propietario del bien, vale decir, por el acreedor.

Concretamente, para ilustrar el caso, apelamos a un contrato de arrendamiento celebrado entre el propietario (arrendador) y el inquilino o arrendatario.

Nos estamos refiriendo a la obligación del inquilino de restituir el bien al momento de la terminación del plazo establecido en el contrato. Es evidente que durante toda la vigencia del plazo en que el arrendatario haga uso del bien, está en la obligación de conservarlo y de sufragar los gastos que demande tal conservación; y de igual evidencia es que el propietario no deberá asumir los gastos de conservación del bien durante todo el tiempo en que esté vigente el contrato de arrendamiento, lapso durante el cual quien debe efectuar y cargar con el costo de su conservación es, sin lugar a dudas, el inquilino.

## 2. OBLIGACIONES DE DAR BIENES INCIERTOS

### 2.1. Consideraciones generales

No obstante que los artículos ya revisados se refieren a las obligaciones de dar bienes ciertos, precisa señalarse que no sólo podrán constituir objeto de las obligaciones de dar bienes que revistan dicho carácter, sino también los bienes fungibles y los bienes inciertos.

Bien incierto es aquel que, constituyendo el objeto de una prestación de dar, no se encuentra determinado, pero es determinable.

El tema de las obligaciones de dar bien incierto recibe tratamiento normativo del artículo 1142 al artículo 1147 del Código Civil.

## 2.2. Especificaciones mínimas

*Artículo 1142.- «Los bienes inciertos deben indicarse, cuando menos, por su especie y cantidad».*

Como se observa, nuestro ordenamiento jurídico exige como requisitos mínimos para los bienes inciertos o determinables, el que estos estén especificados —cuando menos— en su especie y cantidad. Estas exigencias se justifican en razón de que cuando se genera una obligación, la prestación debe ejecutarse, y el deudor debe estar comprometido seriamente a cumplirla. En tal sentido —como lo afirma claramente la doctrina francesa— si no se estableciesen al menos la especie y la cantidad, podría un deudor estar obligándose y estar en aptitud de desobligarse, a su mero arbitrio, de lo pactado o prescrito por la ley.

Para ilustrar lo mencionado vamos a citar dos ejemplos:

(a) Si el deudor se obligase a entregar «dos animales» a cambio de 1,000 nuevos soles, no habría contraído una obligación seria, al no señalar la especie de dichos animales, ya que podría «cumplir» entregando dos insectos de ningún valor, con lo que estaría burlando a su acreedor, quien sí le tendría que pagar los 1,000 nuevos soles prometidos.

(b) Igual falta de seriedad ocurriría si el deudor se obligase a entregar «gallinas» a cambio de 4,000 nuevos soles. En este caso, si bien se habría señalado la especie, nada se habría dicho acerca del número o cantidad de dichas gallinas, razón por la cual, de permitirse un pacto de estas características, el deudor podría satisfacer su prestación entregando al acreedor dos gallinas, a cambio de los 4,000 nuevos soles prometidos.

En este punto debemos diferenciar a los bienes inciertos (aquellos susceptibles de determinación) de los bienes fungibles. Fungibles son aquellos bienes susceptibles de sustituirse unos por otros, siendo esta situación indiferente para el cumplimiento de una prestación, ya que en el caso de los bienes fungibles, cualquier individuo es prácticamente idéntico a otro y no hay forma de identificar o distinguir a uno de otro (sin introducirles modificación alguna). En los bienes fungibles no se realizará una elección en sentido estrictamente jurídico, sino una individualización en el sentido común de la palabra.

Por ejemplo, serán fungibles una botella de Coca-Cola, envase no retornable, de dos litros, con otra de la misma gaseosa, características y capacidad. O, si estamos en presencia de una obligación de entregar un automóvil nuevo de una cierta marca y un determinado modelo. Sin embargo, este ejemplo podría llevarnos a anotar —de manera preliminar— una reflexión en el sentido de si dicho vehículo es un bien fungible o uno determinable. Se podría sostener que se trata de un bien determinable, pues es susceptible de determinación, al tener datos que permitan efectuarla (los números de placa, chasis, motor y serie). No obstante ello, la posición contraria también resulta interesante, puesto que, a pesar de ser un bien identificable, dicha identificación —en la práctica— resultaría inútil para el acreedor, ya que le daría lo mismo su entrega como la de cualquier otro vehículo que reúna idénticas características.

Si nos inclinamos por considerar a dicho bien como determinable, porque su elección resultaría factible, esto nos conduciría, para el caso de la transferencia del riesgo, a solución diversa de la aplicable si se tratara de un bien fungible, ya que si el bien se perdiese antes de su entrega sin culpa de las partes, de ser determinable y haber sido comunicada su elección al acreedor, el deudor quedaría liberado de dicha obligación (la misma que se habría extinguido), perdiendo el derecho a la contraprestación. En cambio, si lo considerásemos fungible, sería irrelevante si el deudor hubiese comunicado su elección al acreedor, puesto que —de igual manera— tendría que reponer el vehículo perdido por otro similar y cumplir con entregarlo.

En relación al tema de los bienes fungibles y los bienes inciertos se suscita un problema adicional que muchas veces pasa inadvertido. En ese sentido, debemos precisar que el criterio de la antigüedad del bien podría llegar a ser de tal importancia que, ante dos bienes físicamente iguales, debamos concluir en que a pesar de esta situación, dichos bienes no son fungibles. Este tema es obviado en los tratados de Derecho.

Para ilustrar el caso, presentemos el supuesto de un bien fungible cualquiera, el mismo que nunca tuvo uso, pero cuya fabricación data de hace 50 años. Dicho bien es, se trate de la especie que se trate, uno original. Si el día de hoy, la misma fábrica que lo produjo hace medio siglo produce uno exactamente igual, este último bien no será un original, sino

solamente una réplica. En este caso, a pesar de ser exactamente iguales ambos bienes (lo que en una consideración estrictamente simplista los haría fungibles), podríamos estar ante la situación concreta de que el original valga varias veces más que la réplica. Imaginemos que el bien del que hemos estado hablando sea una moneda o medalla de una serie conmemorativa de cualquier acontecimiento patrio.

Otro elemento que —aunque en menor medida que el anterior— algunas veces pasa desapercibido en lo que respecta a los bienes fungibles y a los bienes inciertos, es el del uso que se le da a un bien. Es evidente que si hablamos de dos ejemplares completos de todos los tomos publicados de nuestro Tratado de las Obligaciones, recién editado, ambos ejemplares serán fungibles entre sí, por la sencilla razón de que ambos tendrán las mismas características. Está claro también que si uno de los ejemplares ya hubiese sido leído íntegramente, habrá dejado de ser fungible respecto del otro, pues en esta circunstancia uno será nuevo y el otro usado.

Sería el mismo caso que cuando se tratase de dinero. En esta hipótesis es claro que el dinero es un bien fungible —diríamos, el bien fungible por excelencia—. Sin embargo, poca atención ha merecido el hecho de que el dinero sea un bien identificable, ya que cada billete cuenta con un número de serie distinto de otro. Si la determinabilidad de un bien estuviese marcada por la posibilidad de identificarlo o distinguir a ese bien de otros de su misma especie, en el caso de los billetes estaríamos ante uno de bienes determinables. Sin embargo esto no es así. Nos hallaríamos fuera de toda razón y de todo principio si efectuáramos tal afirmación.

Por lo visto, podemos afirmar que la diferencia esencial entre lo incierto y lo fungible es que en el primer caso siempre habrá que elegir, porque los individuos de la especie son diferentes; en lo fungible, en cambio, no hay que elegir lo único que hay que hacer es individualizar el bien antes de realizar el pago, lo que puede tener una enorme injerencia en la teoría del riesgo.

Al acreedor no le afecta que el bien fungible con el que iba a pagarle el deudor se pierda, pues esa pérdida no va a ocasionar que la obligación se extinga, habida cuenta de que el deudor tendría que entregarle otro bien igual al que se perdió.

En el caso de los bienes inciertos esto es distinto, en la medida en que el bien ya haya sido elegido, pues esa elección lo habría convertido en un bien cierto y su pérdida sí extinguiría la obligación.

De esta manera, resulta adecuado recalcar que una vez que el bien fungible se individualiza, no se convierte en un bien cierto, sigue siendo fungible, y sólo dejará de tener tal condición —en la relación entre el acreedor y el deudor— cuando la prestación sea pagada.

Debe mencionarse, para finalizar este apartado, que el Código Civil no ha regulado el tema de las obligaciones de dar bienes fungibles, puesto que él se resuelve de manera sencilla y ágil, aplicando las normas y principios que inspiran el Derecho común. Con la razón y el entendimiento basta para solucionar cualquier problema derivado de estas obligaciones.

### 2.3. Reglas para la elección de bien incierto

> Artículo 1143.- «*En las obligaciones de dar bienes determinados sólo por su especie y cantidad, la elección corresponde al deudor, salvo que lo contrario resulte de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso.*
>
> *Si la elección corresponde al deudor, debe escoger bienes de calidad no inferior a la media. Si la elección corresponde al acreedor, debe escoger bienes de calidad no superior a la media. Si la elección corresponde a un tercero, debe escoger bienes de calidad media*».

El artículo 1143 del Código Civil dispone en su primer párrafo que en caso de que la obligación verse sobre bienes determinables de los cuales haya que escoger alguno de ellos para cumplir con su entrega, la elección corresponderá al deudor de dichos bienes. Esta situación responde a la necesidad de las cosas, puesto que es el deudor quien precisamente se encuentra en directa relación con los bienes dentro de los cuales hay que escoger alguno(s) y es quien de manera más rápida y efectiva puede efectuar dicha elección, sin incurrir en mayores gastos. Naturalmente, tal como lo establece la ley, podría ocurrir que no sea al deudor a quien corresponda efectuar dicha elección, si esto se dedujese de la propia ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso. De no corresponder al deudor la elección del bien, ella la hará el acreedor o un tercero, al cual las partes de común acuerdo hubiesen

encomendado tal misión. Cualquiera de estas dos últimas situaciones es perfectamente posible, ya que estaríamos dentro del campo de la autonomía de la voluntad referente a la libertad contractual o de configuración interna de las estipulaciones de un contrato.

Pero el punto que despierta mayor interés en el artículo 1143 es el relativo a los requisitos que debe reunir el bien a escoger en relación con quien efectúe la elección. Si se tratase del deudor, éste deberá escoger bienes de calidad no inferior a la media; si correspondiese al acreedor, deberá escoger bienes de calidad no superior a la media; y, por último, si correspondiese a un tercero, éste deberá escoger bienes de calidad media. Esta norma tiene carácter dispositivo, permitiendo su derogación por convención en contrario.

Resulta evidente que en cualquier elección el concepto de calidad media es esencial, de modo que constituye un imperativo determinar qué debe entenderse por calidad media.

Para empezar a tratar de resolver el problema, en primer lugar, vamos a recurrir al Diccionario de la Real Academia Española. Aquí se nos dice que *calidad* es la «propiedad o conjunto de propiedades inherentes a algo, que permiten juzgar su valor».[83]

De la definición señalada extraemos una primera conclusión en el sentido de que sólo podremos hablar de calidad, en el tema materia de análisis, cuando estemos ante bienes de la misma especie, propios de una obligación con prestación de dar bienes indeterminados.

Pero en realidad no hemos aún despejado el problema central que nos trae el tema de la calidad, ya que más allá de la definición de este término no hemos precisado cómo podemos apreciar la calidad de un bien.

En tal sentido, consideramos que no existe un criterio único destinado a otorgar una categórica respuesta a esta interrogante. Debemos analizar cada caso en particular para ver qué debe entenderse por calidad de un bien.

---

[83] REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*. Madrid: Espasa Calpe, 2002, 22.ª edición, tomo 2, p. 242.

No resulta fácil definir qué se entiende por calidad media de un bien. Para obtener un resultado acorde a la definición citada de la Real Academia de la Lengua, deberemos tener extremo cuidado al analizar las características de los bienes de que se traten.

Debe advertirse, contra lo que muchas veces se adopta como creencia generalizada, que el precio de un bien no siempre está en directa relación con sus cualidades, ya que un bien de excelentes cualidades y materiales de construcción o elaboración, puede tener un precio de mercado (valor) inferior al de otros bienes de su misma especie.

En general, será sencilla la aplicación del criterio de calidad media mientras nuestro universo o especie sea de un número reducido, mas no lo será si fuese muy grande. Por ejemplo, si me obligo a entregar un cuadro, ¿cuál es la calidad media de entre todos los cuadros del mundo? Escoger un cuadro de calidad media sería prácticamente imposible. Distinto sería el caso de un cuadro pintado por Fernando de Szyslo. Aquí sí podría determinarse la calidad media.

Si alguien se obliga a entregar un caballo de carrera, sería imposible determinar la calidad media de todos los caballos que corren en el mundo; pero sí sería posible, en cambio, determinar la calidad media de los que corren en el Hipódromo de Monterrico, en razón de existir datos estadísticos fidedignos que reflejan el rendimiento de cada ejemplar.

No obstante estas reflexiones, que nos conducen a estar —en algunos casos— frente a la imposibilidad práctica de aplicar el criterio de la calidad media, debemos concluir en que cuando se trata de una especie muy amplia, es necesario circunscribir nuestras consideraciones respecto de la calidad media, al ambiente geográfico donde se ha pactado o donde se cumplirá la prestación, pues de lo contrario sería impracticable la aplicación de la elección del bien que se tuviese que entregar. Pero aún así podría resultar imposible la aplicación del criterio de la calidad media. No obstante ello, en estos casos el elemento «valor» jugará un papel extremadamente importante.

Ahora bien, en lo que concierne a la elección, tal cual lo señala la norma bajo comentario, puede intervenir el deudor, el acreedor o un tercero. Esta última persona requiere, en nuestra opinión, algunas precisiones.

Respecto de la relación existente entre las partes contratantes y el tercero, puede decirse que resulta evidente que se trata de un contrato de mandato, por el cual el tercero es el mandatario y los contratantes son los mandantes. La obligación que asume dicho mandatario es la de escoger el bien determinable y hacerlo determinado, para su posterior entrega.

Debe quedar claro que el tercero no tiene como función la de celebrar el contrato, pues éste ya ha sido concertado por los contratantes.

Luego de constatar cuál es la relación existente entre el tercero y los contratantes, debemos determinar la función que cumple el tercero como mandatario de aquéllos.

En primer lugar, debe descartarse que se trate de un árbitro. En segundo término, admitimos la posibilidad de que se trate de un perito, en el supuesto en que se le hubiese confiado una decisión equitativa y basada en criterios eminentemente técnicos (supuesto de arbitrio *boni viri*). Por último, advirtiendo la diferencia que existe entre los términos árbitro y arbitrador, sostenemos que se trata de este último.

Respecto al contrato que liga al tercero con los contratantes, al tratarse de un mandato, es claro que dicho tercero resulta siendo un mandatario. Pero como el mandatario debe cumplir con aquellas pautas establecidas en el contrato celebrado con sus mandantes, precisamente esta función será una de arbitrio (fuera de un procedimiento de arbitraje), tratándose de un arbitrador, mas no de un árbitro.

Siempre dentro de las pautas a cumplir por dicho arbitrador, éste podrá ejercer su función o con la más amplia libertad de criterio, dada su falta de conocimientos especializados en la materia, o haciendo una prolija tasación del bien, debido, precisamente, a que posee dichos conocimientos y a que ha sido designado específicamente para tal efecto (es decir, el de actuar como perito), supuesto en el cual la función de dicho mandatario - arbitrador, será también la de un perito.

Debemos puntualizar que cuando se trate de un mandatario —arbitrador— no perito, el arbitrio que efectúe podrá ser un mero arbitrio o un arbitrio de equidad, según las instrucciones y cláusulas establecidas en el contrato de mandato.

Si se tratase de un mandatario - arbitrador - perito, estaremos en presencia de un arbitrio de equidad, ya que las partes contratantes

habrán, precisamente, escogido al perito debido a sus conocimientos especializados sobre la materia, los que le llevarán (en criterio de los contratantes) a emitir una opinión equitativa o justa.

Gráficamente podríamos ilustrar nuestra posición de la siguiente manera:

(a) Primera posibilidad

Mandatario – arbitrador - no perito → Mero arbitrio
Mandatario – arbitrador - no perito → Arbitrio de equidad

(b) Segunda posibilidad

Mandatario - arbitrador - perito - arbitrio de equidad

Debe observarse, sin embargo, que en cualquiera de las posibilidades anotadas, ese arbitrador deberá escoger bienes de calidad media.

### 2.4. Plazo para la elección

El artículo 1144 del Código Civil regula lo relativo al plazo para la elección del bien:

> *Artículo 1144.- «A falta de plazo para la elección, corresponde al juez fijarlo.*
>
> *Si el deudor omite efectuar la elección dentro del plazo establecido o el fijado por el juez, ella corresponde al acreedor. Igual regla se aplica cuando la elección debe practicarla el acreedor.*
>
> *Si la elección se confía a un tercero y éste no la efectúa, la hará el juez, sin perjuicio del derecho de las partes de exigir a aquél el pago de la indemnización que corresponda por su incumplimiento».*

Resulta supuesto importante que las partes designen de común acuerdo el plazo en que deba realizarse la elección del bien; pero a falta de dicho pacto, el Código establece que, en primer término, corresponderá al juez fijarlo.

Se señala adicionalmente que, si la elección correspondiese al deudor y éste no la efectuase dentro del plazo establecido (por pacto o por mandato judicial), dicha elección corresponderá ser efectuada por su contraparte, vale decir, por el acreedor. Regla inversa se aplica

para el caso en que sea el acreedor quien debía efectuar originalmente la elección y omitiese realizarla.

El principio descrito en el párrafo precedente nos parece justo, pues al no utilizar la oportunidad el contratante a quien correspondía efectuar la elección del bien, resultará equitativo que la misma pase al otro contratante. Además, esta situación no implicará una desventaja para la parte que pierde tal derecho de elección, ya que su contraparte deberá efectuarla en estricto cumplimiento de lo previsto por el artículo 1143 del Código Civil.

Si la elección se confía a un tercero y éste no la efectúa, el Código dispone que la haga el juez. Esta norma nos parece inadecuada, ya que el juez no revestirá por lo general las calidades del tercero escogido por las partes contratantes para hacer la elección. Si bien es cierto que el juez podría recurrir al auxilio de peritos, también es verdad que éstos pueden carecer de las características e idoneidad profesional y moral del tercero antes escogido. Por ello consideramos que la solución dada al tema por uno de los coautores de este trabajo (que recogiera más tarde —en 1981— la Comisión encargada del Estudio y Revisión del Código Civil de 1936), era más adecuada, pues establecía que en caso de que el tercero no pudiera practicar la elección, o se negara a ello, la obligación se extinguía, sin perjuicio del derecho de las partes a exigirle el pago de la indemnización correspondiente, cuando a tal elección se hubiese comprometido y no la efectuase por su culpa.

Por todo ello, y a pesar de que la solución del Código Civil (a iniciativa de la Comisión correspondiente) está destinada a preservar los efectos del contrato (filosofía adoptada en varios preceptos del Código), no estamos de acuerdo con el contenido del último párrafo del artículo 1144.

Asimismo, debemos afirmar la evidencia de que si el tercero que no realiza la elección no había aceptado su designación o la desconocía, no estaría obligado a sufragar indemnización alguna.

Por último, precisa aclarar que el hecho de que la elección la pueda realizar el juez no obsta a que las partes que delegaron un mandato en dicho tercero para efectuar la elección, le puedan reclamar una indemnización de daños y perjuicios, si los hubieran sufrido por efecto de su incumplimiento contractual.

## 2.5. Irrevocabilidad de la elección

> *Artículo 1145.- «La elección es irrevocable luego de ejecutada la prestación. La elección, comunicada a la otra parte, o a ambas si la practica un tercero o el juez, surte iguales efectos.*

Sobre la base del artículo 1145 del Código Civil, podemos afirmar que la elección efectuada por el acreedor o por el deudor tiene carácter de irrevocable luego de ejecutada la prestación (teoría de la tradición). Dicha irrevocabilidad también se produce una vez que la elección es comunicada por la parte que debe efectuarla a su contraparte (teoría de la declaración recepticia). Cuando la practica un tercero o el juez, tendrá carácter de irrevocable una vez comunicada a ambas partes (teoría de la declaración recepticia).

Debemos señalar, sin embargo, que dicha irrevocabilidad no es sinónimo de inmutabilidad o inimpugnabilidad, tal como lo analizamos a continuación.

En principio, estamos en desacuerdo con aquella posición legislativa y doctrinaria que propicia que la decisión adoptada por el tercero sea inimpugnable o inconmovible, ya que si bien las partes se han remitido a la decisión del tercero para que éste realice la elección, dicha decisión no necesariamente estará ajustada a derecho. Por tal razón, de no revestir tal característica, podrá ser impugnada por las partes contratantes o por alguna de ellas.

Resulta evidente que la primera opción, sin ser la única (como lo establece el Código Civil Mexicano de 1927 —artículo 2106—), es que ambas partes impugnen la decisión del tercero.

Sin embargo, éste no será el supuesto más frecuente, ya que si la decisión del tercero resulta desproporcionada, será evidente que favorecerá a uno de los contratantes y perjudicará al otro. Por tal razón, será el perjudicado quien usualmente impugne tal decisión.

Para analizar el tratamiento que otorga el Código Civil al tema, debemos precisar si nos encontramos ante un supuesto de *arbitrium boni viri* o de *arbitrium merum*.

### 2.5.1. *Arbitrium boni viri* o arbitrio de equidad

El Código Civil establece en su artículo 1407 que si la determinación de la obligación (léase objeto de la prestación o prestación misma)

que es objeto del contrato es deferida a un tercero y no resulta que las partes quisieron remitirse a su mero arbitrio, el tercero debe proceder haciendo una apreciación de carácter equitativo. Sin embargo, el Código no señala las causales de impugnación de la decisión de este tercero, como sí lo hacen otros Códigos Civiles.

Por nuestra parte, pensamos que las causales de impugnación de la decisión de un tercero que deba actuar con arbitrio de equidad son:

(a) En el orden de vicios o defectos de la voluntad, la decisión del tercero será impugnable cuando se haya producido incurriendo en alguno de los vicios de la voluntad del acto jurídico, vale decir error, dolo, violencia o intimidación.

(b) En lo referente al ámbito del mandato recibido, la decisión del tercero será impugnable en lo que excediese a dicho mandato.

(c) En lo que respecta a los vicios o defectos de contenido de la decisión, es decir, en lo que se refiere a la calidad del bien escogido, dicha decisión podrá ser impugnada cuando el bien no sea de la calidad media (cualquiera que sea esta desproporción), ya que al optar las partes contratantes por un arbitrio *boni viri*, buscan que la decisión del tercero contenga la determinación de un bien de tal calidad (argumento del artículo 1143 del Código Civil).

### 2.5.2. *Arbitrium merum* o mero arbitrio

Para impugnar la decisión de un tercero a quien se le confió tal encargo en el entendido del mero arbitrio, podrán darse las siguientes causales:

(a) Cualquier vicio de la voluntad, tal como ha sido señalado para el caso del *arbitrium boni viri*.

(b) Al igual que para el *arbitrium boni viri*, en este caso la decisión del tercero será impugnable si excediese las facultades conferidas por los mandantes en el poder.

(c) En lo que respecta a la calidad del bien escogido por el tercero, la decisión de éste sólo podrá ser impugnada si el bien no fuese de calidad media.

## 2.6. Pérdida del bien antes de la elección

El artículo 1138 del Código Civil, trata sobre los diversos casos susceptibles de presentarse respecto de la pérdida del bien por culpa del deudor, por culpa del acreedor o sin culpa de las partes, y todo lo referente a la teoría del riesgo que sustenta el precepto.

Tal cual lo señalamos oportunamente, de acuerdo a estas reglas si el bien se perdiera por culpa del deudor (artículo 1138, inciso 1) su obligación se resuelve y éste perdería el derecho a la contraprestación, si la hubiese.

Esa solución se justifica por las características propias del bien cierto, las que determinan que al perderse no resulte posible sustituirlo por ningún otro (argumento del artículo 1132).

Distinto es el caso de las obligaciones de dar bienes inciertos o determinables, en las que se deberá señalar, cuando menos, la especie y cantidad de los mismos (artículo 1142). En estos casos si se pierde un individuo de la especie, este hecho no tendrá ninguna significación, ya que quedará intacto el resto de dicha especie, dentro de la cual deberá efectuarse la elección del bien a entregar al acreedor. Si se produce la pérdida de uno de los bienes que constituyen la especie, ello no habrá agotado a esta última, razón por la cual el deudor simplemente asume la pérdida de dicho ejemplar y continúa obligado a escoger uno dentro de los restantes (si la elección le corresponde a este último).

Este razonamiento se encuentra recogido en el primer párrafo del artículo 1146:

> Artículo 1146.- «*Antes de la individualización del bien, no puede el deudor eximirse de la entrega invocando la pérdida sin su culpa.*
>
> *Esta regla no se aplica cuando la elección debe efectuarse entre determinados bienes de la misma especie y todos ellos se pierden sin culpa del deudor*».

Diferente es el supuesto previsto por el segundo párrafo del artículo 1146 del Código Civil Peruano, según el cual dicha regla no resulta de aplicación cuando la elección deba efectuarse entre determinados bienes de la misma especie y todos ellos se pierden sin culpa del deudor. La citada norma trata sobre las denominadas obligaciones *unum de certis* o *incertum ex certis*. Ésta es la hipótesis en la cual lo que se pierde

no es uno o algunos de los elementos constitutivos de la especie, sino la especie en general, vale decir, toda la especie. Será evidente que si se agota toda la especie, no quedará ámbito dentro del cual efectuar elección alguna.

Aquí precisa aclarar que según la manera como se contraiga, estaremos ante una obligación de dar bienes inciertos dentro de un género limitado, o ante una obligación de carácter alternativo. Creemos que el problema no está en determinar si el género es más o menos limitado o si nos encontramos en presencia de un género ilimitado —supuesto si bien teóricamente asumido como factible, es imposible en el campo estadístico o matemático—, sino que él se encuentra en la manera cómo se obligan las partes. Podríamos estar ante una obligación de dar un bien perteneciente a un género en extremo limitado; o también frente a una obligación cuyas prestaciones alternativas sean numéricamente considerables. Sin embargo, la naturaleza jurídica de las obligaciones (de ser de género limitado o alternativas) no estará dada por el aspecto cuantitativo ni por la posibilidad de perecimiento del género o de las prestaciones alternativas. Lo importante será el modo en que se ha contraído la obligación. Las restantes consideraciones sobran. Podemos, pues, estar frente a obligaciones de diferente naturaleza, pero semejantes en sus efectos; pero esta situación no nos sitúa ante obligaciones del mismo carácter. La distinción puede ser sutil en algunos casos, pero no olvidemos que estamos ante las obligaciones, sin lugar a dudas el área más frondosa e intrincada del Derecho.

Al examinar la pérdida de un bien incierto debe tenerse en cuenta que bastaría la subsistencia de uno de los bienes constitutivos de la especie para que el deudor pueda cumplir con su prestación, la que en este caso tendría por objeto al bien que subsistió.

Sin perjuicio de lo señalado, debemos indicar que doctrinariamente dudamos, por citar un ejemplo, de que si la especie fuera una biblioteca que luego se incendió y quedara intacto únicamente el libro más costoso o el menos costoso, el deudor estuviera obligado a entregarlo, pues en este caso no estaríamos ante la denominada por la doctrina *concentración anormal de la prestación* (relativa a las obligaciones de prestaciones alternativas), sino ante obligaciones de dar bienes inciertos (determinables). Además, como resulta obvio, en este supuesto resultaría imposible aplicar el criterio de la calidad media.

Sin embargo, entendemos que dentro del marco del ordenamiento jurídico nacional, la respuesta a la interrogante planteada debería ser afirmativa.

Lo analizado nos conduce a afirmar que en el caso de las obligaciones de dar bienes inciertos, existen dos supuestos diferentes: si el bien pertenece a un *genus illimitatum* (como su nombre lo indica, género ilimitado o bien incierto), no hay nunca la imposibilidad de cumplir la prestación, ya que siempre podrá el deudor sustituir el bien por otro de iguales características. Esta regla es recogida por nuestro Código Civil en su artículo 1146, primer párrafo. Si el bien, por otra parte, es de un *genus limitatum* (también llamado *unum de certis* o *incertum ex certis*), es decir, que es uno cualquiera de un grupo de bienes, no existirá imposibilidad hasta que todo el *genus* se haga imposible. Es éste el principio del artículo 1146, segundo párrafo.

Es adecuado mencionar, por último, que en cuanto fueren compatibles con su naturaleza, las reglas del artículo 1146 del Código Civil serán también de aplicación a las obligaciones de dar bienes fungibles.

### 2.7. Reglas aplicables después de la elección

La distinción entre el tratamiento de las obligaciones de dar bienes ciertos (artículos 1132 a 1141 del Código Civil) y aquellas de dar bienes inciertos (artículos 1142 a 1146 del mismo Código) responde a la naturaleza de ambas instituciones, las que difieren, pues en el primer caso el bien objeto de la prestación de dar se halla individualizado, mientras que en el segundo se encuentra indeterminado, pero resulta determinable, lo que equivale a decir que al momento de la celebración del contrato se desconoce cuál de los elementos constitutivos de la especie pasará en el futuro (luego de efectuada la elección) a constituir el objeto de la prestación de dar.

Una vez efectuada la elección, vale decir, una vez conocido y determinado con precisión el bien, éste habrá dejado de tener la condición de determinable (o incierto) por haber adoptado la de determinado (cierto), razón por la cual desde que se haya efectuado dicha determinación (es decir, desde el momento en que ha cambiado de condición) le deberán ser aplicables distintas reglas, tal cual se establece expresamente en el artículo 1147:

*Artículo 1147.- «Practicada la elección, se aplican las reglas establecidas sobre obligaciones de dar bienes ciertos».*

En estricto, una vez individualizado el bien, simplemente le resultarán inaplicables, por su nueva condición, las normas sobre obligaciones de dar bienes inciertos, y pasarán a ser de aplicación aquellas de dar bienes ciertos. Para llegar a este criterio, en estricta técnica jurídica, no habría resultado necesaria la precisión efectuada en el artículo 1147. Sin embargo, consideramos que dicha norma resulta conveniente, pues las razones antes aducidas por nosotros no tienen por qué ser conocidas por la generalidad de personas que utilizan el Código como instrumento de trabajo o estudio.

# Título II
# OBLIGACIONES DE HACER

## 1. CONSIDERACIONES GENERALES

La palabra «hacer», de acuerdo con la Real Academia Española,[84] tiene varias acepciones. Las que revisten interés para el Derecho de Obligaciones son las siguientes:

(a) Producir algo, darle el primer ser;

(b) Fabricar, formar algo dándole la forma, norma y trazo que debe tener; y

(c) Ejecutar, poner por obra una acción o trabajo.

Considerando las tres acepciones del término «hacer» que hemos recogido en líneas anteriores, podemos orientarnos en dos grandes sentidos:

(a) Hacer implica producir una cosa (o mejor dicho un bien, dentro de la terminología utilizada por el Código Civil y el Derecho moderno). Ese bien podrá ser tanto material como inmaterial.

(b) Hacer implica ejecutar alguna acción o trabajo.

Pues bien, en Derecho de Obligaciones, las obligaciones de hacer constituyen el segundo rubro clasificatorio de las obligaciones según su objeto.

---

[84] Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*. Madrid: Espasa Calpe, 2002, 22.ª edición, tomo 6, p. 802.

Las obligaciones de hacer pueden consistir en la elaboración de algún bien, o en la ejecución de algún servicio o trabajo.

Ellas pueden ser de dos tipos: obligaciones de hacer que concluyen en un dar y obligaciones de hacer que concluyen en el propio hacer.

Una obligación de hacer es de una u otra clase, dependiendo si el cumplimiento de aquélla supone o no la entrega de un bien que es producto de ese hacer.

La diferencia entre una obligación de dar y una de hacer que termina en un dar, es que en la segunda lo verdaderamente relevante es la ejecución de aquello que luego se va a entregar.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe indicar que en ese tipo de obligaciones de hacer la entrega, aunque no es lo esencial, igualmente es exigible, pues de lo contrario la ejecución de la prestación le sería inútil al acreedor.

Pueden presentarse casos en los que la obligación suscita alguna duda en la calificación, en la medida en que resulte complejo determinar si se trata de una obligación de hacer que termina en un dar, o si se trata de una obligación de dar propiamente dicha. Esta dificultad, sin embargo, no tiene mayor injerencia ni en lo que concierne al cumplimiento de la obligación por parte del deudor, ni en lo que concierne a la posibilidad del acreedor de exigir su cumplimiento.

Lo anterior se justifica por una razón simple. Independientemente de las dudas en torno a la calificación de la obligación, ambas partes van a saber en qué consiste la obligación y, por consiguiente, va a ser claro si se cumple o no se cumple con ella.

El Código Civil Peruano no define a las obligaciones de hacer (tampoco a las de dar ni a las de no hacer), razón por la cual hemos considerado necesario efectuar las precisiones señaladas.

## 2. PLAZO Y MODO DE CUMPLIMIENTO EN LAS OBLIGACIONES DE HACER

Las reglas de las obligaciones de hacer se inician en el Código Civil Peruano con el artículo 1148:

> *Artículo 1148.- «El obligado a la ejecución de un hecho debe cumplir la prestación en el plazo y modo pactados o, en su defecto, en*

*los exigidos por la naturaleza de la obligación o las circunstancias del caso».*

De no existir plazo, la obligación deberá ejecutarse inmediatamente después de contraída la obligación, conforme a lo previsto por el artículo 1240 del Código Civil, con la limitación contemplada por el artículo 182 del Código, el mismo que prescribe que en caso de no haberse señalado un plazo, pero de su naturaleza y circunstancias se dedujere que se ha querido conceder al deudor, entonces el juez fija su duración. También será el juez quien fijará la duración del plazo cuya determinación haya quedado a voluntad del deudor o de un tercero y éstos no lo señalaren. Esta clase de demandas se tramitan como proceso sumarísimo. De existir plazo, deberá ejecutarse dentro del mismo. Si el plazo fuese suspensivo, a partir del mismo, y si fuese resolutorio, hasta el advenimiento del mismo. Si la obligación se ejecuta dentro del plazo, se considerará que ha habido un cumplimiento oportuno de la misma (pago).

La ejecución debe cumplirse rigurosamente dentro del plazo. El deudor, por consiguiente, no debe efectuarla ni anticipada ni tardíamente.

Existirán obligaciones en las que el cumplimiento por el deudor dentro del plazo establecido será de mayor importancia que en otras. Por ejemplo, si la obligación consistiese en dar una suma dineraria el día 27 de mayo a las 5:00 de la tarde y el deudor efectuase dicho pago a las 6:15 p.m., lo más probable es que la demora no cause ningún inconveniente al acreedor. De otro lado, si existe una obligación de hacer por la cual un cantante se compromete a dar un concierto el día 29 de mayo a las 7:00 de la noche, resulta evidente que si tal cantante se aparece a las 11:30 p.m., habrá causado muchos inconvenientes —probablemente la inejecución total de la obligación— y será titular del pago de daños y perjuicios a su acreedor.

De ahí la importancia del plazo y el respeto del mismo.

En lo que se refiere al modo, manera o forma de cumplimiento, cabe hacer hincapié que en las obligaciones de hacer él es más relevante que en las obligaciones de dar, en tanto en éstas a menudo no se requiere de un cumplimiento exacto, en cuanto al tiempo de ejecución de la prestación.

Resulta evidente que en el modo pactado para el cumplimiento de la obligación de hacer, no se está aludiendo al modo —sinónimo de cargo— como una de las modalidades del acto jurídico, sino que el artículo 1148 está empleando el término en sentido lato, vulgar, debiéndose entender por modo a la forma o manera en que deberá ejecutarse la obligación.

No obstante ser el modo de importancia en las obligaciones de hacer, el mismo no resulta privativo de ellas.

Volviendo al ejemplo del cantante, es evidente que si se hubiese comprometido a actuar con el apoyo de una orquesta de 20 músicos, y se apareciese solamente con 10, no podría ejecutar su obligación en el modo o forma pactados.

Por otra parte, consideramos que el modo no se aplica a las pequeñas diferencias, en las cuales no se podría rehusar la ejecución del hecho, aunque sí exigir una indemnización, en caso de que se generasen daños o perjuicios. Por ejemplo, si el cantante se presentase con 19 músicos en lugar de 20. O la eventual destrucción de dos mil ejemplares de la edición de un libro porque la calidad del papel es ligeramente distinta a la prevista en el contrato.

Ahora bien, cabe la posibilidad de que la obligación de hacer no se hubiese celebrado señalando el plazo y modo de su ejecución.

Sólo en tal caso regirá lo dispuesto por la segunda parte del artículo 1148 del Código Civil, en el sentido de que deberá ejecutarse en el plazo y modo exigidos por la naturaleza de la obligación o las circunstancias del caso.

Nos corresponde, por tanto, analizar los alcances de estos términos, que consideramos indesligables el uno del otro.

(a) La naturaleza de la obligación alude, a nuestro entender, a las condiciones en que generalmente o de acuerdo con el caso en particular, deba ser ejecutada una obligación del tipo de la que se ha celebrado, es decir que deberán considerarse una serie de elementos, tales como:

- Una adecuada interpretación de las condiciones (cláusulas) pactadas en el contrato.

- Si el deudor acostumbra realizar prestaciones similares a las que se ha obligado a ejecutar.

- Anteriores obligaciones similares pactadas entre las partes.

- Idóneos criterios de razonabilidad, sobre la base de los cuales el cumplimiento de la prestación sea lo más adecuado a lo pactado por las partes y haga que a través de su ejecución, en un determinado plazo y modo, el contrato revista la mayor justicia o equidad.

Creemos que para el caso en que se trate de un contrato con prestaciones recíprocas, la naturaleza de la prestación, el modo y el plazo en que deban ser ejecutadas, deberán estar en directa relación con el contenido de la contraprestación a recibir.

(b) Las circunstancias del caso están íntimamente relacionadas con la naturaleza de la obligación (o mejor dicho de la prestación que constituye su objeto), pero se encuentran no referidas a la generalidad de prestaciones, sino a la prestación en concreto.

Nos resulta difícil diferenciar claramente entre las circunstancias del caso y la naturaleza de la prestación, pero parece que sería importante tener en cuenta para estos efectos algunas consideraciones extra contractuales.

Para el desarrollo de esta idea vamos a utilizar un ejemplo, a nuestro entender ilustrativo, con fines didácticos.

Si se tratase de la presentación de un grupo de rock británico, y no se hubiese fijado la fecha exacta de su presentación, pero se diera por entendido que el grupo realizará una gira a Sudamérica en el mes de julio del año de la celebración del contrato, podría entenderse que, de acuerdo a las circunstancias del caso, la presentación de dicho grupo se efectuará en el transcurso de la mencionada gira, es decir, alrededor del mes de julio.

Adicionalmente, si se trata de un grupo que va a efectuar conciertos destinados a la juventud, resulta razonable pensar, de acuerdo a esta circunstancia, que dichos conciertos no deberán ejecutarse en días y horas en que la mayor parte de los jóvenes realiza actividades propias de su edad, vale decir trabajar y estudiar. En tal sentido, será lógico pensar que el grupo deberá ejecutar su concierto en horas de la noche de algún viernes o sábado o en el transcurso de un día domingo, a cualquier hora cómoda para la asistencia de los jóvenes.

Del ejemplo citado podemos extraer como conclusión que el tema de las circunstancias del caso, más que estar referido al contenido del

propio contrato, alude al contrato en sí, pero no de manera aislada, sino en relación a su entorno social, a fin de que las situaciones o condiciones que plantee dicho entorno hagan que la prestación pactada se realice de la manera más acorde con la equidad y justicia contractual. Naturalmente que si se tratase de un contrato con prestaciones recíprocas, deberá valorarse dicha equidad en razón de la contraprestación pactada.

Debemos señalar que el cumplimiento dentro del plazo y modo previstos, que deban aplicarse en relación a la naturaleza de la obligación o las circunstancias del caso, no es una regla privativa de las obligaciones con prestación de hacer, sino también resulta fundamental en las obligaciones de dar y de no hacer, razón por la cual el artículo 1148 del Código Civil se aplica extensivamente a las obligaciones de estas clases.

Sin embargo, anotamos que los Códigos, en esta materia, ponen énfasis en las obligaciones de hacer, porque usualmente en ellas el plazo y el modo son más importantes que en las obligaciones de dar y de no hacer.

## 3. EJECUCIÓN DE LA PRESTACIÓN POR TERCEROS

Es principio general respecto de quién debe ejecutar la prestación objeto de la obligación de hacer, que ésta puede ser cumplida o por el deudor o por persona distinta al deudor; pero debemos precisar que esta regla no sólo es de aplicación a las obligaciones de hacer, sino a todas las obligaciones, a menos que su naturaleza, el pacto o una disposición legal lo impidan, como es el caso de las obligaciones de no hacer, a las mismas que, por su naturaleza, no les es de aplicación el principio contenido en el artículo 1149, cuyo texto es el siguiente:

> *Artículo 1149.- «La prestación puede ser ejecutada por persona distinta al deudor, a no ser que del pacto o de las circunstancias resultara que éste fue elegido por sus cualidades personales».*

Como se observa, la regla sobre la que se sostiene el artículo 1149 es la misma que orienta la norma del artículo 1222, esto es, que el cumplimiento de la obligación pueda ser realizada por un tercero.

Si bien es cierto que dicho principio es de aplicación a la generalidad de obligaciones, no es menos cierto que cobra mayor importancia en lo que respecta a las obligaciones de hacer, y mucha mayor

relevancia en las de no hacer, ya que estas últimas tienen un carácter personalísimo.

Ahora bien, aquella regla tiene tres excepciones.

La primera no amerita mayor explicación, en la medida en que constituye la manifestación del ejercicio de la autonomía privada de las partes. Si el deudor y el acreedor pactaron que únicamente el primero podría ejecutar la prestación, no sería posible que un tercero lo hiciera.

La segunda no emana del acuerdo entre las partes, sino del carácter *intuitu personae* de la obligación.

Las obligaciones *intuitu personae* son aquellas que se contraen teniendo en especial consideración las cualidades o características de uno de los sujetos de la relación obligatoria, esto es, del deudor o del acreedor.

Si se contrae una obligación que consiste en escribir una novela, es evidente que, más allá de que no se estipule expresamente, al acreedor le interesa que sea el deudor quien en efecto ejecute la obra, pues por ello contrató con él.

En el caso de las obligaciones de hacer que concluyen en un dar, si se tratase de obligaciones *intuitu personae*, como podría ser la pintura de un retrato del acreedor por un pintor famoso, habría que distinguir entre el hacer propiamente dicho (la pintura del cuadro) y la entrega de dicho cuadro. Aquí será evidente que el acreedor podría oponerse a que otra persona distinta del deudor pinte el cuadro, pero no podría oponerse a que alguien diferente le entregue el cuadro ya pintado por el propio deudor.

Por último, la tercera de las excepciones se configura cuando es la ley la que impide que un tercero ejecute la obligación.

## 4. OPCIONES DEL ACREEDOR POR INEJECUCIÓN DE OBLIGACIONES

El artículo 1150 del Código Civil está referido al supuesto en el cual el deudor hubiese incumplido con ejecutar la totalidad de la obligación, y su texto es el siguiente:

*Artículo 1150.- «El incumplimiento de la obligación de hacer por culpa del deudor, faculta al acreedor a optar por cualquiera de las siguientes medidas:*

*1.- Exigir la ejecución forzada del hecho prometido, a no ser que sea necesario para ello emplear violencia contra la persona del deudor.*

*2.- Exigir que la prestación sea ejecutada por persona distinta al deudor y por cuenta de éste.*

*3.- Dejar sin efecto la obligación».*

En esta norma se establecen una serie de medidas por las cuales podrá optar el acreedor ante dicho incumplimiento.

Vamos a proceder al análisis de cada una de ellas.

Se podrá exigir la ejecución forzada del hecho prometido, a menos que sea necesario emplear violencia contra la persona del deudor. Esto quiere decir que en todos aquellos casos en que el deudor se niegue a hacer algo, el acreedor no podrá exigir a dicho deudor el cumplimiento de la prestación, si para lograrlo requiere ejercer violencia contra su persona.

Sin embargo, queremos hacer aquí una distinción. En lo que respecta al hacer propiamente dicho de la obligación, alcanzará plena vigencia esta norma, pero distinto será el caso en el cual el deudor ya hubiese cumplido con el hacer propiamente dicho, pero le faltase el dar para concluir con la ejecución de su prestación.

Utilicemos un ejemplo.

Si el acreedor hubiese encargado a un escultor la elaboración de una obra de arte, será evidente que si el escultor rehusase esculpir no se le podría forzar a ello, pues para estos efectos sería necesario emplear violencia contra su persona; pero distinto sería el caso en el cual dicho escultor ya hubiese terminado la escultura encargada, pero, como le agradó su resultado, no deseara entregarla al acreedor. En este caso sí se podría ejecutar forzadamente la prestación, ya que solamente sería necesario extraer la obra del taller del deudor para llevarla al domicilio del acreedor; y esta acción no estaría dirigida contra la persona del deudor, sino simplemente contra bienes materiales. Por supuesto, el acreedor únicamente podrá procurarse esta prestación por intermedio del poder público.

De no poderse optar, en razón de lo señalado, por exigir la ejecución forzada, el acreedor tendría que ejercitar cualquiera de las otras dos alternativas previstas por esa norma.

La segunda alternativa es exigir que la prestación sea ejecutada por persona distinta al deudor y por cuenta de éste. La ejecución de esta opción también deberá hacerse por la vía judicial, y para poder encargar la ejecución de la prestación a persona distinta del deudor, por cuenta de éste, será necesaria la existencia de una resolución judicial en tal sentido. De existir esta resolución, se podrá encomendar la ejecución de la prestación a una tercera persona, ajena a la relación obligacional.

Resulta evidente que el tercero no ejecutará la prestación gratuitamente, sino que cobrará por dicho concepto. Pues bien, el mayor importe que perciba dicho tercero y que deberá ser asumido en primera instancia por la persona del acreedor, podrá ser posteriormente cobrado por este último al deudor incumpliente. Justamente por ello se exige autorización judicial.

Naturalmente todos estos medios coactivos se deberán realizar, como lo hemos expresado, no por mano propia del acreedor, sino a través de un proceso judicial que concluya con una resolución autoritativa. En ausencia de tal resolución es posible el cumplimiento por un tercero, pero en este caso el acreedor no tendrá la certidumbre de lograr el verdadero resarcimiento por el mayor costo que la ejecución pueda originar.

En lo referente a la voluntad del acreedor, puede decirse que dependerá de si éste considera conveniente seguir el mencionado camino, lo que en buena cuenta implica descartar las opciones previstas en los incisos primero y tercero del ya mencionado artículo 1150 del Código Civil. Adicionalmente, será necesario que se trate, tal como ha sido explicado en su oportunidad, de prestaciones fungibles, vale decir, que pudieran ser ejecutadas por cualquier persona distinta al deudor. Sin embargo, como dice el tratadista argentino Eduardo B. Busso, a pesar de que la prestación que el acreedor decida ejecutar por un tercero, previa autorización judicial, sea de naturaleza no fungible, el deudor no podría oponerse a la sustitución so pretexto de que el acreedor tiene derecho a resistirse a ella, ya que la infungibilidad de la prestación produce sus efectos en interés exclusivo del acreedor, y el derecho correspondiente es, sin duda, renunciable.

Debemos agregar que naturalmente esta segunda opción prevista por el Código Civil Peruano podrá ser adoptada por el acreedor de una prestación no contraída *intuitu personae*, o por el acreedor de prestación *intuitu personae* que encuentre un tercero en quien confíe que ejecutará la prestación de un modo semejante o igualmente idóneo que el deudor original.

Por último, el tercer supuesto faculta al acreedor para dejar sin efecto la obligación.

Respecto de este punto deseamos efectuar ciertas precisiones. El artículo 1150 establece tres supuestos. Resulta evidente que al acreedor que se vea imposibilitado de hacer valer su derecho a través de cualquiera de las dos primeras alternativas planteadas, sólo le quedará optar por la tercera, vale decir, demandar judicialmente que se declare sin efecto la obligación incumplida.

Pero consideramos que este no será el único caso en el cual se pueda optar por la solución prevista por el inciso tercero del artículo 1150, ya que bien podría demandarse la rescisión o resolución del contrato, teniendo aún la posibilidad de acogerse a cualquiera de los dos primeros incisos. Podría optarse por el inciso tercero, por ejemplo, si el acreedor ya no tuviese interés en el cumplimiento de la obligación, ni por parte del deudor originario, ni con el auxilio de un tercero, o simplemente por el mero incumplimiento de dicho deudor.

## 5. OPCIONES DEL ACREEDOR POR EJECUCIÓN PARCIAL, TARDÍA O DEFECTUOSA

Mientras el artículo 1150 del Código Civil alude a las opciones que la ley otorga al acreedor frente al incumplimiento total de la prestación por parte del deudor, el artículo 1151 está referido a los recursos que la ley concede al acreedor cuando el cumplimiento hubiese sido parcial, tardío o defectuoso, lo que equivale a decir que ha habido un incumplimiento de la obligación de distinto carácter al previsto por el artículo 1150. El texto del artículo 1151 es el siguiente:

> *Artículo 1151.- «El cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación de hacer por culpa del deudor, permite al acreedor adoptar cualquiera de las siguientes medidas:*
>
> *1.- Las previstas en el artículo 1150, incisos 1 ó 2.*

*2.- Considerar no ejecutada la prestación, si resultase sin utilidad para él.*

*3.- Exigir al deudor la destrucción de lo hecho o destruirlo por cuenta de él, si le fuese perjudicial.*

*4.- Aceptar la prestación ejecutada, exigiendo que se reduzca la contraprestación, si la hubiere».*

Los alcances de esta norma son analizados a continuación.

• *Respecto de la integridad de la prestación, resulta obvio que ésta debe ser cumplida en su totalidad; lo que equivale a decir que el deudor tendrá que ejecutar, ni más ni menos, aquello a lo que se ha obligado frente al acreedor.*

Si el deudor no ejecutase íntegramente la prestación, estaría efectuando un cumplimiento parcial de la misma, supuesto contemplado en el ámbito conceptual del artículo 1151.

Pero también podría ocurrir que el deudor efectuase un cumplimiento más allá de lo pactado, esto es un cumplimiento excesivo de la prestación, lo que equivale a decir que ha hecho más de aquello que se comprometió a hacer. Este supuesto no está previsto por el Código Civil.

Resulta claro que el cumplimiento parcial de una prestación podría originar daños y perjuicios al acreedor de la misma, y que dichos daños y perjuicios deberían ser resarcidos por el deudor incumpliente.

Pero lo que no se ha cuestionado es que un cumplimiento excesivo de la prestación también podría originar daños y perjuicios al acreedor (aunque cabe reconocer que en la mayoría de los casos no los ocasionaría). Por ejemplo, si el deudor es un cantante que se hubiese obligado a dar un concierto entre las 8:00 y las 10:00 de la noche en un coliseo. Supongamos, además, que el acreedor procede a arrendar dicho coliseo por un lapso de tres horas (de 7:00 a 10:00). Si el deudor ofreciese el concierto, comenzando puntual, pero no lo concluyera a las 10:00 p.m., sino a las 00:30 a.m., indudablemente habría ejecutado la integridad de la prestación debida, pero habría ido más allá por la ejecución excesiva o prolongada de la misma. Parece claro, en esta situación, que el propietario del coliseo podría exigir al arrendador (acreedor de la obligación) un pago adicional por el uso excesivo del local más allá de lo pactado. Ese gasto adicional, a nuestro entender, constituiría un perjuicio para el acreedor de la obligación, quien tendría derecho a demandar su resarcimiento por parte del deudor.

Sin embargo, como se ha expresado, la ley no contempla esta posibilidad. Pero ella resulta de sencilla solución por las normas sobre inejecución de obligaciones consignadas en el Código Civil.

• *Respecto del momento en el que se debe ejecutar la obligación, ésta será de cumplimiento oportuno en la medida en que tal ejecución se efectúe estrictamente a partir del plazo establecido.*

Por ejemplo, si el cantante de nuestro ejemplo anterior se hubiese obligado a actuar a partir de las 8:00 de la noche y realmente empezase a esa hora, el cumplimiento de su obligación sería oportuno.

Resulta obvio que un cumplimiento tardío podría ocasionar daños y perjuicios al acreedor.

Pero también podríamos encontrarnos ante la posibilidad de que el cumplimiento de la prestación no sea tardío, sino anticipado, vale decir, que se comience a efectuar antes del plazo señalado para su ejecución, y ello podría originar daños y perjuicios al acreedor de la prestación; como si el cantante aludido empezase a actuar a las 6.00 p.m., cuando no está presente en el coliseo sino una concurrencia insignificante.

• *Respecto a la forma en que se ejecuta la prestación objeto de la obligación, ella debe ser la adecuada, es decir, realizarse de la manera pactada y con las características convenidas (o establecidas legalmente).*

Si se produjese una ejecución que no llegara a reunir todas las condiciones o características pactadas para su cumplimiento adecuado, dicho cumplimiento podría ser calificado como defectuoso.

En el ejemplo del cantante, el cumplimiento sería defectuoso si no interpretase sus temas con la calidad y empeño habituales, sino que lo hiciese con desgano, por ejemplo. Éste sería un cumplimiento, que podría generar daños y perjuicios en favor del acreedor de la prestación.

O si una empresa ensambladora de vehículos encargase a un subcontratista la elaboración de tableros para automóviles con determinadas características, por ejemplo, de cuerina y de color azul, y dicho subcontratista elaborase los tableros no de cuerina, sino de cuero legítimo (material de evidente mejor calidad). Sin lugar a dudas, se habría producido un cumplimiento superior al de las características pactadas, pero podría dar lugar a daños y perjuicios, ya que dichos tableros podrían no hacer juego con el resto del tapizado de los vehículos, razón por la cual la empresa

ensambladora estaría eventualmente obligada a paralizar su producción durante un tiempo, en espera de la fabricación de nuevos tableros.

En este último caso el cumplimiento «más que adecuado» sería, en estricto, uno «no adecuado».

Este supuesto no está contemplado por la ley (artículo 1151), pero resulta de fácil solución por las normas de inejecución de obligaciones consignadas en el Código Civil.

Lo expuesto podría resumirse gráficamente en un cuadro. En el mismo, se consignan tres rubros por los cuales puede ser calificado el cumplimiento de una obligación. Así, por su integridad, podrá tratarse de un cumplimiento parcial, íntegro o excesivo; en segundo lugar, de acuerdo con la oportunidad de su ejecución, podríamos hablar de un cumplimiento anticipado, oportuno o tardío; en tanto que por la forma o manera como se ejecuta la prestación, el cumplimiento puede ser defectuoso, adecuado o más que adecuado (categoría ésta última que, en estricto, representa un cumplimiento no adecuado). Podríamos decir que el primer criterio responde a la pregunta ¿cuánto se ejecuta?; el segundo a la interrogante ¿cuándo se ejecuta?; en tanto que el tercero a la pregunta ¿cómo se ejecuta?

Aquí, el cuadro a que hemos hecho mención:

| | Cumplimiento no óptimo, susceptible de generar daños y perjuicios | Cumplimiento óptimo de una obligación | Cumplimiento no óptimo, susceptible de generar daños y perjuicios |
|---|---|---|---|
| Por su integridad | Parcial | Íntegro | Excesivo |
| Por su oportunidad | Anticipado | Oportuno | Tardío |
| Por la forma cómo se ejecuta | Defectuoso | Adecuado | Más que adecuado (por lo tanto, en estricto, no adecuado). |

No obstante lo señalado hasta este punto, entendemos que los conceptos de obligación excesiva, anticipada y más que adecuadamente cumplida, podrían estar comprendidos en la expresión legal de «ejecución defectuosa».

De acuerdo con el artículo 1151, el acreedor tiene cuatro alternativas ante el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación por culpa del deudor. Se trata de las siguientes:

### 5.1. Ejercitar las opciones previstas en los incisos 1 ó 2 del artículo 1150

Esto significa:

(a) Exigir la ejecución forzada del hecho prometido, a no ser que sea necesario para ello emplear violencia contra la persona del deudor.

(b) Exigir que la prestación sea ejecutada por persona distinta al deudor y por cuenta de éste.

Nuestros comentarios sobre estas opciones, ya efectuados oportunamente, nos relevan de formular mayores precisiones al respecto.

### 5.2. Considerar no ejecutada la prestación, si resultase sin utilidad para él

Podría ocurrir que una ejecución que no revista un cumplimiento perfecto de la prestación en los términos convenidos, haga dicho resultado inútil para el acreedor, en cuyo caso éste tendría la opción de considerarla como no ejecutada.

Sería el caso en el cual se construya una pared con triplay, la misma que estaba destinada a soportar un segundo piso, y que debió ser hecha de material noble (ladrillos, cemento y fierro). En este ejemplo, dicha construcción no será de utilidad para el acreedor, de acuerdo con sus necesidades.

### 5.3. Exigir al deudor la destrucción de lo hecho o destruirlo por cuenta de él, si le fuese perjudicial

Sobre la base del mismo ejemplo citado para ilustrar el caso anterior, el acreedor podría optar por exigir que su deudor destruya la pared que construyó, o, incluso, si éste no quisiese destruirla, hacerla destruir y cobrar al deudor incumpliente los gastos que irrogue tal destrucción.

Naturalmente que si se optase por este segundo camino, se requeriría de una resolución judicial que facultara el actuar del acreedor. De lo contrario, no podría cobrar al deudor lo gastado, y sólo podría accionar por la vía de la indemnización de daños y perjuicios, cuyo monto es discrecional.

Esta autorización judicial es indispensable, porque de no exigirse, podría haber o connivencia o negligencia del acreedor para contratar al tercero, pagando una suma desmesurada.

Conviene advertir que para exigir la destrucción de lo ejecutado, la alteración en cuanto al modo debe revestir importancia.

### 5.4. Aceptar la prestación ejecutada, exigiendo que se reduzca la contraprestación, si la hubiere

En el supuesto en que la prestación ejecutada no revista todas las condiciones previstas, pero aun así fuese de utilidad para el acreedor, podría ocurrir que éste prefiera darla por ejecutada, salvando los defectos cometidos.

Sería el caso en el cual una persona encargue a otra pintar una casa con una pintura de primera calidad, y dicha persona la hubiera pintado con materiales de calidad inferior a la pactada. Aquí el acreedor podría considerar como no ejecutada la prestación o, si le es tolerable el resultado, aceptarlo, exigiendo una reducción de la contraprestación a su cargo, si la hubiere.

El Código Civil no resuelve el supuesto en el cual no se trate de un contrato de prestaciones recíprocas, pero pensamos que, de ser este el caso, el acreedor mantendrá las mismas opciones planteadas por el artículo 1151; y que, de optar por la hipótesis contemplada en este apartado, simplemente se limitaría a la aceptación de la prestación ejecutada, no pudiendo exigir nada adicional al deudor.

El acreedor no se encuentra obligado a aceptar un cumplimiento defectuoso, porque tiene la prerrogativa de negarse a ello. Pero si lo acepta es evidente que le es útil, y que por tanto no podría exigir una indemnización como la que sí hubiera podido reclamar en caso de un incumplimiento total.

La línea divisoria en materia de aceptar o no un cumplimiento defectuoso, va a estar precisamente demarcada por el acreedor en lo

que respecta a la utilidad del cumplimiento de esa prestación para él. Si no le es útil el cumplimiento defectuoso, la dará por incumplida; y si le es útil, a pesar de haberse cumplido defectuosamente, la aceptará en esa condición.

La utilidad no va en función de lo que el acreedor obtenga como ganancia por la ejecución de la prestación; la utilidad se encuentra determinada por los términos pactados.

Con respecto al tema de la utilidad, cabe advertir que ello no deja de lado al principio de identidad. Este principio, recordemos, cumple un rol fundamental en todas las obligaciones, no siendo, por tanto, privativo de las obligaciones de dar.

Por lo demás, el acreedor puede rechazar el cumplimiento que quiera realizar el deudor, si éste consiste en una prestación distinta a la pactada, no importando que ella le resulte más útil o tenga valor mayor.

## 6. DERECHO DEL ACREEDOR A SER INDEMNIZADO

Como hemos expresado al comentar los artículos 1150 y 1151 del Código Civil, al acreedor que se viese perjudicado por el incumplimiento total de la prestación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, le asiste el derecho al reembolso de los daños y perjuicios que dicho incumplimiento le hubiese ocasionado. Así lo dispone el artículo 1152 del Código Civil, cuyo texto es el siguiente:

> Artículo 1152.- «*En los casos previstos en los artículos 1150 y 1151, el acreedor también tiene derecho a exigir el pago de la indemnización que corresponda*».

Esta norma es una manifestación del principio general según el cual aquel que causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. En este caso, el daño sería consecuencia del incumplimiento de parte del deudor.

Debemos precisar que los artículos 1150 y 1151 están referidos a supuestos de incumplimiento debido a culpa (leve o inexcusable) o dolo del deudor.

Cabe señalar que la imposibilidad de ejecución podría haberse originado, por ejemplo, por una disposición de la autoridad, como la prohibición de construir un edificio, caso en el cual no sería ni ejecutable, ni habría culpa del deudor.

Por último, debe tenerse en cuenta que la obligación de indemnizar daños y perjuicios al acreedor no es una facultad del deudor. Éste no puede librarse del cumplimiento de la obligación ofreciendo el pago de un resarcimiento; lo que equivale a decir que no puede ofrecer la sanción para cometer el ilícito.

## 7. CUMPLIMIENTO DEFICIENTE SIN CULPA DEL DEUDOR

El tema del cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, en el que no medie culpa del deudor ni del acreedor, se encuentra regulado por el artículo 1153 del Código Civil, norma que prescribe lo siguiente:

> Artículo 1153.- «*El cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación de hacer, sin culpa del deudor, permite al acreedor optar por lo previsto en el artículo 1151, incisos 2, 3 ó 4*».

De presentarse tal supuesto, el acreedor tendrá la posibilidad de elegir entre cualquiera de las tres opciones que se mencionan a continuación:

(a) Considerar no ejecutada la prestación, si resultase sin utilidad para él.

(b) Exigir al deudor la destrucción de lo hecho o destruirlo por cuenta de él, si le fuese perjudicial.

(c) Aceptar la prestación ejecutada, exigiendo que se reduzca la contraprestación, si la hubiere.

Nos abstenemos de comentar estas tres opciones, dado que ya lo hemos hecho al referirnos al artículo 1151 del Código Civil.

Sin embargo, queremos precisar que en el caso del artículo 1153, el acreedor no podría exigir de su deudor indemnización alguna, debido a que el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso no se debería a culpa del deudor, sino a acontecimientos ajenos a su voluntad.

## 8. IMPOSIBILIDAD DE LA PRESTACIÓN POR CULPA DEL DEUDOR

El supuesto en el cual la prestación resultase imposible por culpa del deudor es abordado por el artículo 1154 del Código Civil, precepto del texto siguiente:

> *Artículo 1154.- «Si la prestación resulta imposible por culpa del deudor, su obligación queda resuelta, pero el acreedor deja de estar obligado a su contraprestación, si la hubiere, sin perjuicio de su derecho de exigirle el pago de la indemnización que corresponda.*
>
> *La misma regla se aplica si la imposibilidad de la prestación sobreviene después de la constitución en mora del deudor».*

Si la prestación resultase imposible, sería lógica la consecuencia prevista por la norma, vale decir, que la obligación del deudor quede resuelta.

Si se tratase de un contrato de prestaciones recíprocas, el acreedor dejaría de estar obligado al pago de la contraprestación.

Si estamos ante un contrato de prestaciones autónomas o de un contrato unilateral, el acreedor tendrá derecho a exigir del deudor que hizo imposible el cumplimiento de una prestación de hacer, la correspondiente indemnización de daños y perjuicios (naturalmente si los hubiese sufrido).

El segundo párrafo del artículo 1154 no trata del supuesto en el cual la prestación resulte imposible de ejecución por culpa del deudor después de la constitución en mora de éste; pues si tal fuera el caso, ese segundo párrafo sería reiterativo e innecesario.

Dicha norma se refiere al supuesto en el cual la prestación resulte imposible sin culpa del deudor, situación que en un caso típico no acarrearía sanción alguna. Pero como aquí el deudor ha sido constituido en mora, y como esta situación jurídica exige la culpa o el dolo (artículo 1336), aunque la inejecución no le sea imputable responderá, justamente por su condición de moroso, por los daños y perjuicios causados.

La consecuencia del precepto es clara, ya que la constitución en mora hace variar radicalmente el tratamiento del mismo caso en una situación usual. Si el deudor no estuviese en mora, se aplicaría el artículo 1153 del Código y no el segundo párrafo del artículo 1154, esto es el supuesto de inejecución sin culpa del deudor.

## 9. IMPOSIBILIDAD DE LA PRESTACIÓN POR CULPA DEL ACREEDOR

El artículo 1155 del Código Civil dispone lo siguiente:

*Artículo 1155.- «Si la prestación resulta imposible por culpa del acreedor, la obligación del deudor queda resuelta, pero éste conserva el derecho a la contraprestación, si la hubiere.*

*Igual regla se aplica cuando el cumplimiento de la obligación depende de una prestación previa del acreedor y, al presentarse la imposibilidad, éste hubiera sido constituido en mora.*

*Si el deudor obtiene algún beneficio con la resolución de la obligación, su valor reduce la contraprestación a cargo del acreedor».*

Como se observa, el primer párrafo del artículo 1155 está referido a un supuesto de imposibilidad de la prestación por culpa del acreedor. En este caso, ante la imposibilidad de que sea ejecutada, se resuelve la obligación. Sin embargo, el deudor conservará el derecho a la contraprestación, si se tratase de un contrato de prestaciones recíprocas.

En cuanto al segundo párrafo, podría ocurrir, por ejemplo, que el cumplimiento de la prestación por el deudor dependa necesariamente del cumplimiento previo de alguna prestación a cargo del acreedor. Así, el pintor al cual el acreedor le ha encomendado un retrato con su imagen, no estaría en aptitud de ejecutarlo si el acreedor no cumple con posar durante un determinado lapso. Si en este supuesto el acreedor hubiese sido constituido en mora por el deudor a fin de que cumpla con su prestación (que la estaría inejecutando por dolo o culpa), y más tarde la prestación resultase imposible sin culpa del acreedor (ni tampoco del deudor), las consecuencias de dicha imposibilidad le serían imputables al acreedor, pues si bien la imposibilidad no se produjo por su culpa, el incumplimiento de la prestación previa y necesaria determinó que el deudor no pudiese ejecutar la prestación. Podría tratarse, por ejemplo, del advenimiento súbito de un defecto físico sobreviniente al deudor sin su culpa, que lo imposibilitara para seguir pintando.

Por último, el tercer párrafo del artículo 1155, vinculado a los dos párrafos que le anteceden, se refiere al supuesto en el cual la prestación resultase imposible o por culpa del acreedor o sin culpa del mismo, pero habiendo sido previamente constituido en mora por el deudor; si éste obtiene algún beneficio con la resolución de la obligación, tal beneficio reducirá el monto de la contraprestación, si la hubiere, a cargo del acreedor.

## 10. IMPOSIBILIDAD DE LA PRESTACIÓN SIN CULPA DE LAS PARTES

El cumplimiento de la prestación podría devenir en imposible sin culpa de las partes. Este supuesto se encuentra previsto en el artículo 1156:

> Artículo 1156.- «*Si la prestación resulta imposible sin culpa de las partes, la obligación del deudor queda resuelta. El deudor debe devolver en este caso al acreedor lo que por razón de la obligación haya recibido, correspondiéndole los derechos y acciones que hubiesen quedado relativos a la prestación no cumplida*».

El supuesto en el cual la obligación de hacer a cargo del deudor resulta imposible de ejecución sin culpa del deudor ni del acreedor, vale decir, que ambas partes hubieran actuado con la diligencia requerida, se halla regido por el artículo 1156 del Código Civil.

En este caso, al ser imposible la ejecución de la prestación, la obligación queda resuelta.

El precepto establece, además, que el deudor deberá devolver al acreedor lo que por razón de la obligación hubiese recibido. Esta norma, en consecuencia, prevé que el riesgo de la contraprestación lo sufre el deudor.

Respecto a los derechos y acciones que hubiesen quedado relativos a la prestación no cumplida, ellos corresponderían al deudor. Esta regla acoge el mismo principio —de justicia evidente— que el consagrado por el inciso quinto del artículo 1138, relativo a la teoría del riesgo en las obligaciones de dar, y por el artículo 1160, referente a las obligaciones de no hacer.

## 11. SUSTITUCIÓN DEL ACREEDOR POR INEJECUCIÓN CULPOSA

En el artículo 1157 se establece otra medida a favor del acreedor que se haya visto perjudicado por el incumplimiento culposo del deudor:

> Artículo 1157.- «*Si como consecuencia de la inejecución por culpa del deudor éste obtiene una indemnización o adquiere un derecho contra tercero en sustitución de la prestación debida, el acreedor puede exigirle la entrega de tal indemnización o sustituir al deu-*

*dor en la titularidad del derecho contra el tercero. En estos casos, la indemnización de daños y perjuicios se reduce en los montos correspondientes».*

La norma está destinada a que el acreedor vea satisfechos, de la manera más expeditiva e idónea, sus derechos.

En tal sentido si, por ejemplo, el cumplimiento de la prestación de hacer hubiese estado asegurado para el caso de ocurrir un siniestro que impidiera ejecutarla por culpa del deudor, el acreedor podría exigirle la entrega de la indemnización que hubiera cobrado a la compañía de seguros o sustituirse al deudor en la titularidad del derecho contra tal asegurador, en caso de que éste aún no hubiera desembolsado el monto de la indemnización.

Otro caso sería el de la concurrencia de culpas entre el deudor y un tercero, que impidiera el cumplimiento de la obligación de hacer, hipótesis en la que el acreedor podría actuar contra el deudor para exigirle el monto de la indemnización pagada por el tercero, si el pago ya se hubiera producido, o accionar directamente contra el tercero corresponsable para exigirle el pago, también directo, de dicha indemnización.

Consideramos que es oportuno efectuar aquí una aclaración de importancia. Si el acreedor, en las hipótesis previstas, actuara contra la compañía de seguros o el tercero, obligados al pago de una indemnización al deudor, se produciría, sin duda, una subrogación personal, la misma que carecería, sin embargo, de una de las características esenciales de la acción subrogatoria u oblicua regulada por el artículo 1219, inciso cuarto, del Código Civil.

En efecto, el precepto comentado tiene por finalidad, en los casos planteados, que la compañía de seguros o el tercero paguen directamente al acreedor el monto de la indemnización a la que están obligados. Por el contrario, la acción subrogatoria u oblicua tiene por objeto que se incorpore la acreencia del deudor contra un tercero al patrimonio del deudor y, desde esta óptica, el cobro de tal acreencia, en este caso la indemnización, no correspondería necesariamente al acreedor accionante, sino que pasaría por las prelaciones que establece la ley, correspondientes a otros acreedores del deudor. Por eso los franceses, refiriéndose a la acción subrogatoria u oblicua, señalan que con frecuencia ella determina que se «saquen las castañas del fuego con mano ajena». Adicionalmente,

la acción subrogatoria u oblicua sólo puede ejercitarse cuando el deudor es insolvente y negligente.

Precisamos, para concluir, que las reglas consignadas por el artículo 1157 del Código Civil, bajo análisis, no son privativas de este precepto, pues ellas también se establecen en otras normas del propio Código, singularmente en el parágrafo segundo del inciso primero del artículo 1138, relativo a la teoría del riesgo en las obligaciones de dar, y en el artículo 1160, referente a las obligaciones de no hacer.

# Título III
# OBLIGACIONES DE NO HACER

## 1. CONSIDERACIONES GENERALES

El Código Civil, al igual que cuando trata acerca de las obligaciones de dar y de hacer, no define a la obligación de no hacer. Sin embargo, intentaremos esbozar algunos planteamientos sobre el particular.

Se opina comúnmente que una obligación de no hacer es todo lo contrario a una obligación de hacer. Por nuestra parte, consideramos que una obligación de no hacer es todo lo contrario a las obligaciones de dar y de hacer.

Por las obligaciones de no hacer una persona se compromete a una abstención, vale decir, a no hacer algo, y ese no hacer algo comprende también el no dar. Tan obligación de no hacer es una de no hacer propiamente dicha, como podría ser no ir a un determinado lugar en una determinada fecha, como lo sería el comprometerse a no dar un determinado bien a una determinada persona. No obstante que esta última obligación implicaría un no dar, consideramos que este no dar es, al igual que el no hacer, una de las posibilidades que plantean las obligaciones de no hacer.

Las obligaciones de no hacer implican, dentro de los tres rubros de las obligaciones según su objeto, tal vez la categoría menos común. Es obvio que resulta más frecuente obligarnos a dar algo o a hacer algo que a no dar o a no hacer algo.

Sin embargo, la función que cumplen las obligaciones de no hacer reviste la mayor importancia y puede ser de lo más variada.

Para ilustrar lo dicho, vamos a señalar algunos ejemplos de obligaciones de no hacer:

- Una persona (un químico farmacéutico) se obliga frente a un laboratorio a no revelar la fórmula de elaboración de un determinado medicamento.

- Una persona se obliga frente a otra a no prestar su automóvil, por ningún motivo, al hijo de ésta, debido a que es menor de edad.

- Una persona se obliga con otra a no levantar una pared que evite que el predio de la segunda goce de la visibilidad del mar. Ésta sería una servidumbre de vista.

En fin, las obligaciones de no hacer pueden revestir las más diversas formas, de modo tal que la enumeración de ejemplos resultaría infinita.

## 2. DERECHOS DEL ACREEDOR POR INCUMPLIMIENTO CULPOSO DEL DEUDOR

El artículo 1158 del Código Civil está referido al supuesto de incumplimiento de una obligación de no hacer por culpa del deudor.

Su texto es el siguiente:

> *Artículo 1158.- «El incumplimiento por culpa del deudor de la obligación de no hacer, autoriza al acreedor a optar por cualquiera de las siguientes medidas:*
>
> *1.- Exigir la ejecución forzada, a no ser que fuese necesario para ello emplear violencia contra la persona del deudor.*
>
> *2.- Exigir la destrucción de lo ejecutado o destruirlo por cuenta del deudor.*
>
> *3.- Dejar sin efecto la obligación».*

De producirse el supuesto de inejecución por culpa del deudor de la obligación de no hacer, la ley otorga tres alternativas por las que puede transitar el acreedor. Éstas son las siguientes:

### 2.1. Exigir la ejecución forzada de la prestación, a no ser que fuese necesario para ello emplear violencia contra la persona del deudor

En principio, en los supuestos en los que el deudor incumple una obligación de no hacer, el acreedor puede exigir la ejecución forzada de la obligación. Para ello, las autoridades judiciales tendrían que aprobar que se destruya lo hecho a costa del deudor o exigir que se destruya; a menos que se trate de un caso donde no sea posible la ejecución forzada.

Si la obligación consistiese en no construir algo, el acreedor podría plantear judicialmente un interdicto de obra nueva (artículo 921 del Código Civil). Sin embargo, cabe anotar que en el Código Procesal Civil de 1993, estas acciones son calificadas como «medidas cautelares», y se encuentran reguladas en el Título IV, Proceso Cautelar, Capítulo II, Medidas Cautelares Específicas, Sub-Capítulo 4, Medida de no Innovar, artículo 687.

Por otra parte, si un cantante, por ejemplo, hubiese asumido la obligación de actuar en determinado teatro sólo una vez, y se programase una segunda presentación, podría lograrse la clausura del teatro para esta segunda oportunidad.

Si bien puede resultar factible la ejecución forzosa de una obligación de no hacer, esta situación, sin duda, constituye una excepción, pues lo general será la imposibilidad de demandar tal ejecución forzosa, ya que por lo común, para conseguir ese objetivo, se necesitará emplear violencia contra la persona del deudor.

Por último, señalamos que en la gran mayoría de casos la única persona con capacidad para ejecutar una obligación de no hacer sería el propio deudor, porque no resultaría posible que su cumplimiento se delegara a una tercera persona. Podríamos llegar a decir que la mayoría de obligaciones de no hacer son *intuitu personae*. Sin embargo, no todas las obligaciones de no hacer son, necesariamente, *intuitu personae*, ya que algunas pueden transmitirse a los herederos del deudor, como sería el caso de aquella por la cual una persona se hubiese obligado frente a otra a no construir una pared en un predio de propiedad del deudor.

### 2.2. Exigir la destrucción de lo ejecutado o destruirlo por cuenta del deudor

A criterio nuestro, si la obligación de no hacer consiste en no ejecutar alguna obra, y el deudor incumple su compromiso, el acree-

dor podría plantear una medida cautelar, a fin de que se destruya lo ejecutado.

De no plantear un interdicto, el acreedor podría iniciar un proceso de conocimiento, invocando el derecho establecido en la primera parte del inciso segundo del artículo 1158 del Código Civil Peruano. En este caso, el acreedor tendría una opción entre:

(a) Destruir personalmente lo ejecutado de manera indebida por el deudor y cobrar a este último los gastos que hubiera efectuado con motivo de tal destrucción (previa autorización judicial).

(b) Contratar a un tercero para que destruya lo ejecutado indebidamente por el deudor, pagarle a dicho tercero y cobrar posteriormente este monto al deudor incumpliente (también con previa autorización judicial).

### 2.3. Dejar sin efecto la obligación

Si el incumplimiento de la obligación fuese irreversible (como por ejemplo el revelar un secreto), esto equivale a decir que ya no habría ninguna posibilidad para volver la situación al estado de cosas anterior a la producción del incumplimiento. Si se revela tal secreto, ya no habrá remedio alguno.

Por lo tanto, el acreedor perjudicado no podría recurrir ni a la primera ni a la segunda opciones planteadas por el artículo 1158. Lo único que le quedaría es dejar sin efecto la obligación (alternativa del inciso tercero).

## 3. INDEMNIZACIÓN

Al igual que para los supuestos de inejecución de obligaciones previstos para las obligaciones de dar y de hacer, el artículo 1159 del Código Civil dispone en el caso de las obligaciones de no hacer que se inejecuten por culpa del deudor, que también corresponderá al acreedor el derecho a exigir el pago de la correspondiente indemnización de daños y perjuicios:

> Artículo 1159.- «*En los casos previstos por el artículo 1158, el acreedor también tiene derecho a exigir el pago de la correspondiente indemnización de daños y perjuicios*».

Esta norma no hace sino recoger el principio general de la responsabilidad civil. Si el acreedor sufrió daños como consecuencia del incumplimiento, tiene su derecho expedito para reclamar la indemnización correspondiente, siguiendo para ello las normas de inejecución de obligaciones que analizaremos más adelante.

## 4. NORMAS APLICABLES A LAS OBLIGACIONES DE NO HACER

El tratamiento que otorga el Código Civil a las obligaciones de no hacer concluye con una norma de remisión:

> Artículo 1160.- «*Son aplicables a las obligaciones de no hacer las disposiciones de los artículos 1154, primer párrafo, 1155, 1156 y 1157*».

La norma trascrita hace de aplicación a las obligaciones de no hacer, los supuestos planteados en los artículos 1154, primer párrafo, 1155, 1156 y 1157.

El artículo 1154 está referido al supuesto en el cual la prestación resulte imposible por culpa del deudor; el artículo 1155 regula el caso de la imposibilidad de la prestación por culpa del acreedor; mientras que el artículo 1156 trata sobre la imposibilidad de la prestación sin culpa de las partes. Por último, el artículo 1157 rige el supuesto en el cual, como consecuencia de la inejecución de la obligación por culpa del deudor, éste obtenga una indemnización o adquiera un derecho contra tercera persona.

Nos remitimos, para concluir el análisis de las obligaciones de no hacer, a lo expresado respecto a dichos preceptos al estudiar las obligaciones de hacer.

# Título IV
# OBLIGACIONES ALTERNATIVAS Y FACULTATIVAS

## 1. OBLIGACIONES DE OBJETO PLURAL. CONSIDERACIONES GENERALES

En Derecho se asume la posibilidad de que una obligación tenga por objeto más de una prestación, lo que determina el segundo criterio clasificatorio de las obligaciones.

Las obligaciones con pluralidad de prestaciones se clasifican en:

(a) Obligaciones conjuntivas.

(b) Obligaciones alternativas.

(c) Obligaciones facultativas.

En estas obligaciones cada una tiene más de una prestación, pero las tres categorías se distinguen entre sí debido a las diferentes consecuencias jurídicas que de ellas emanan.

Nuestro Código Civil trata solamente acerca de las dos últimas, mas no de las conjuntivas. Sin embargo, nos ocuparemos de ellas seguidamente.

## 2. OBLIGACIONES CONJUNTIVAS

En primer lugar, señalamos que no todos los autores aceptan esta clase de obligaciones, a pesar de que resulta inmensamente mayoritario el grupo de quienes las adoptan.

Por nuestra parte, diremos que nos encontramos dentro del sector de opinión que cree en la existencia de las obligaciones conjuntivas, regidas por las reglas del Derecho común, al considerar que una obligación de esta naturaleza es aquélla con pluralidad de prestaciones, de las cuales deben ser ejecutadas todas ellas. El codificador nacional, al igual que los de la mayoría de países de nuestra tradición jurídica, ha estimado innecesario regular esa materia, por juzgar que dada su estructura, es de fácil solución con las normas de las obligaciones según su objeto.

Debemos precisar, además, que la pluralidad de prestaciones que presenten este tipo de obligaciones, no tendrán necesariamente que ser de la misma naturaleza; ellas pueden ser, indistintamente, de dar, de hacer y de no hacer.

Uno de los coautores de estas páginas, al elaborar el anteproyecto del libro de Derecho de Obligaciones para el que más tarde sería el Código Civil de 1984, intentó consignar algunas normas sobre las obligaciones conjuntivas; pero existían tantos supuestos de hecho —a todos los que se encontraba solución a través de diversas normas propias del Derecho de Obligaciones—, que optó por no incorporarlas en el referido anteproyecto. Por lo demás, ni en el seno de la Comisión encargada del Estudio y Revisión del Código Civil, ni luego, en el de la Comisión Revisora, hubo planteamiento alguno en el sentido de regular este tipo de obligaciones.

Sin embargo, creemos conveniente, en este punto de nuestro trabajo, formular ciertas consideraciones sobre las obligaciones conjuntivas, que resulten ilustrativas sobre la aplicación concreta de los principios de Derecho común a los que nos hemos referido.

Debemos, no obstante, prevenir al lector, en el sentido de que los análisis que siguen a estas líneas constituyen una elaboración lógica acerca de cuál es el tratamiento que conceptualmente consideramos que deben tener las obligaciones conjuntivas, el mismo que se deduce de los principios mencionados.

El obligado conjuntivamente a diversas prestaciones debe cumplir por completo todas ellas. Esto es lo que se conoce en doctrina como el principio de indivisibilidad del pago de las obligaciones conjuntivas.

En las obligaciones conjuntivas todas las prestaciones que constituyen su objeto se consideran prestaciones principales. Así, independientemente de su valor subjetivo para el acreedor o para el deudor, o de su valor económico, todas las prestaciones tienen igual jerarquía jurídica. Las prestaciones, por tanto, no se distinguen en principales y accesorias.

La doctrina enseña que las prestaciones pueden estar o no vinculadas entre sí. Un ejemplo de obligación conjuntiva con prestaciones vinculadas entre sí sería el que asume una agencia de viajes ante un turista, cuando se compromete a organizarle un viaje a París, obteniendo un nuevo pasaporte, la visa correspondiente, pasajes aéreos, reserva de hotel, etc. En este ejemplo, resulta evidente que todas las prestaciones a las que se ha obligado la agencia de viajes tienen relación directa. Aquí, sin lugar a dudas, las prestaciones conjuntivas están íntimamente vinculadas, de tal manera que difícilmente interesará al cliente la ejecución de algunas de ellas y no de las restantes.

Un ejemplo de obligación conjuntiva en el cual las diversas prestaciones no tendrían relación entre sí sería aquel en el cual una tienda de antigüedades se obligase, ante su acreedor, a la entrega de un cuadro y de una escultura, elaborados por diferentes artistas.

Otro ejemplo de obligación conjuntiva en que las prestaciones no están vinculadas entre sí sería aquel del abogado que asume ante su cliente la defensa de dos procesos judiciales, sin relación alguna entre ellos.

Sin embargo, consideramos que sólo las prestaciones vinculadas podrían constituir el objeto de una obligación conjuntiva, en la medida de que si no tuvieran tal vinculación, no existiría elemento distintivo alguno entre la obligación conjuntiva y diversas obligaciones con una prestación cada una, nacidas de una misma fuente.

No obstante ello, estimamos que para ambos tipos de obligaciones podríamos elaborar reglas similares de solución de problemas específicos. En adelante, esbozamos algunas ideas al respecto.

Si alguna o algunas de las prestaciones resultasen imposibles por culpa del deudor, el acreedor tendrá la opción entre aceptar la ejecución de las restantes, con reducción de la contraprestación, si la hubiere, o resolver la obligación. En ambos casos el acreedor tendrá derecho a demandar una indemnización por los daños y perjuicios sufridos.

Si todas las prestaciones resultasen imposibles por culpa del deudor, se resuelve la obligación y el acreedor tendrá derecho a una indemnización por los daños y perjuicios sufridos.

Si alguna o algunas de las prestaciones resultasen imposibles por culpa del acreedor, el deudor podrá exigir que se ejecuten las restantes, requiriendo el pago del íntegro de la contraprestación, si la hubiere.

Si todas las prestaciones resultasen imposibles por culpa del acreedor, la obligación queda resuelta y el acreedor deberá pagar el íntegro de la contraprestación, si la hubiere.

Si alguna o algunas de las prestaciones resultasen imposibles sin culpa de las partes, el acreedor tendrá la opción de exigir la ejecución de aquellas subsistentes y pagar una contraprestación reducida proporcionalmente, o resolver la obligación, sin pago de la contraprestación, si la hubiere.

Si todas las prestaciones resultasen imposibles sin culpa de las partes, la obligación quedará resuelta, y el deudor perderá el derecho a la contraprestación, si la hubiere.

Debemos señalar que estos principios, que consideramos de aplicación a las obligaciones conjuntivas, los hemos elaborado con arreglo a las normas de las obligaciones de dar, hacer y no hacer y de las obligaciones alternativas y facultativas, en estricta relación con aquellas que el Código Civil consigna en sus artículos 1165 y 1166, para el caso de las obligaciones alternativas.

Además, precisa indicar que creemos innecesario consignar reglas para el caso en que las prestaciones estén vinculadas entre sí, y principios diferentes para el supuesto en que no lo estén, ya que las consideraciones aducidas en este punto serán de aplicación —de manera indistinta— a ambas clases de obligaciones conjuntivas. Adicionalmente, como ya lo hemos señalado, cuando las prestaciones no tengan relación entre sí, será difícil entender que estamos en presencia de una obligación conjuntiva; más bien parecerá que estas prestaciones constituyen, cada una de ellas, objeto de obligaciones distintas.

La obligación conjuntiva se considera simple si todas las prestaciones, salvo una, son nulas o imposibles de cumplir por causas no imputables a las partes.

Este principio es concordante con el previsto por el artículo 1167 para las obligaciones alternativas, el que examinaremos más adelante.

En nuestra opinión, cualquier otro razonamiento acerca de las obligaciones conjuntivas resulta innecesario, por ser evidente que los problemas jurídicos que ellas generen podrán ser solucionados por los principios y reglas que, en general, plantea el Código Civil para el Derecho de Obligaciones y, en especial, con los relativos a las obligaciones de dar, hacer y no hacer y obligaciones alternativas y facultativas.

## 3. OBLIGACIONES ALTERNATIVAS

### 3.1. Noción

El artículo 1161 del Código Civil Peruano de 1984 ensaya una definición de las obligaciones alternativas:

> Artículo 1161.- *«El obligado alternativamente a diversas prestaciones, sólo debe cumplir por completo una de ellas».*

La obligación alternativa es aquella de objeto plural, esto es de dos o más prestaciones, por la cual el deudor se encuentra obligado a la ejecución completa de solamente alguna de ellas. En la obligación alternativa todas las prestaciones se encuentran *in obligatione*, lo que equivale a decir que todas ellas son prestaciones principales; ninguna de ellas es accesoria o secundaria. Las obligaciones alternativas, tanto como las facultativas, son obligaciones disyuntivas o disjuntas, dado que sólo tiene que ejecutarse una prestación, a diferencia de las obligaciones conjuntivas (o conjuntas), en las que se tienen que cumplir todas las prestaciones convenidas.

Se entiende, de acuerdo al principio establecido por el artículo 1161, que el deudor solamente deberá ejecutar una de las prestaciones alternativas, pero la prestación que cumpla deberá realizarla íntegramente. No podrá el deudor ejecutar parte de una prestación y parte de otra. De lo que acaba de enunciarse se deduce la naturaleza de la obligación alternativa.

En la obligación alternativa, la parte que goce del derecho de elección, ya se trate del deudor o del acreedor, puede hacerlo libremente por cualquiera de las prestaciones objeto de la obligación. Respecto de este punto,

quien deba realizar la elección no tiene restricción alguna. La misma regla se aplica cuando la elección corresponde a un tercero o al juez.

En consecuencia, en la obligación alternativa existe pluralidad de prestaciones (varias —dos o más— prestaciones), pero unidad en el pago, ya que sólo se tendrá que ejecutar una de ellas.

Un ejemplo de obligación de prestaciones alternativas sería el siguiente:

El deudor se obliga ante su acreedor a entregarle o un automóvil Porsche, o un automóvil Mercedes Benz o un automóvil B.M.W. determinados. Al momento de ejecución de la obligación, el deudor deberá entregar cualquiera de los tres vehículos. Recordemos que si se tratase de una obligación conjuntiva el deudor debería entregar los tres vehículos.

Se podría decir que en el caso de la obligación conjuntiva todas las prestaciones se encuentran unidas copulativamente por la palabra «y», mientras que en la obligación alternativa todas las prestaciones se encuentran ligadas disyuntivamente por la palabra «o».

Precisa agregarse que las diversas prestaciones que constituyan el objeto de una obligación alternativa son independientes entre sí. En el caso de las obligaciones con prestaciones alternativas no se da el supuesto de que existan prestaciones que estén vinculadas entre sí, propio de las obligaciones conjuntivas, en las que tienen que ejecutarse todas ellas.

Respecto del valor de las prestaciones alternativas, precisa señalar que éstas no deberán tener necesariamente un mismo valor. Podría ocurrir que todas ellas tengan valores diferentes. Sin embargo, requiere indicarse que lo usual sería que si se hubiese pactado una contraprestación única, las prestaciones tengan valores semejantes, similares o equivalentes, lo que podría no ocurrir si también existiese alternatividad en la contraprestación. Insistimos, no obstante, que debe quedar en claro que los valores no necesariamente deben ser iguales ni aproximadamente similares, sino que podrían ser completamente distintos, así como diferente puede ser la naturaleza de todas las prestaciones alternativas.

Las obligaciones alternativas a menudo son confundidas con las obligaciones con cláusula penal, pero ambas difieren sustancialmente.

Cabe aquí aclarar que las obligaciones con cláusula penal tienen las siguientes diferencias con las obligaciones alternativas:

(a) La obligación alternativa comprende dos o más prestaciones y el deudor se libera cumpliendo una de ellas, elegida por él, por el acreedor, por un tercero o por el juez (artículos 1161 y siguientes del Código Civil).

La obligación con cláusula penal comprende una sola prestación y ésta sólo se debe en caso de incumplimiento. Cuando la cláusula penal se ha pactado para el caso de mora o en seguridad de un pacto determinado, entonces, también a diferencia de la obligación alternativa, se deben ambas prestaciones, la principal y la accesoria (artículos 1341 y 1342 del Código Civil).

(b) Si se extingue una de las prestaciones de la obligación alternativa, se deben las que subsisten y la elección recaerá sobre alguna de éstas (artículos 1165, inciso 2, y 1166, incisos 2 y 3, del Código Civil Peruano).

Si se extingue la prestación principal sin culpa del deudor, también se extingue la obligación con cláusula penal.

Una de las características de las obligaciones alternativas es que, entre las diversas prestaciones, es necesario escoger cuál es la que debe cumplirse. Las reglas que regulan la elección se encuentran contenidas entre los artículos 1162 y 1166.

Un tema que amerita ser mencionado cuando se estudian las obligaciones alternativas, es que, en ocasiones, la línea divisoria que separa una obligación de entregar un bien incierto y una obligación alternativa, no es tan nítida. Dependerá de cómo se haya pactado la obligación y, además, del criterio con que se quiera interpretar.

### 3.2. A quién corresponde la elección

El artículo 1162 dispone:

> Artículo 1162.- «*La elección de la prestación corresponde al deudor, si no se ha atribuido esta facultad al acreedor o a un tercero.*
>
> *Quien deba practicar la elección no podrá elegir parte de una prestación y parte de otra.*
>
> *Son aplicables a estos casos las reglas del artículo 1144*».

En esta norma se establece que la elección de la prestación corresponde, en principio, al deudor. Naturalmente, cabe pacto en contrario; en tal caso, las opciones a escoger por las partes serán:

(a) Que la elección corresponda al acreedor.

(b) Que la elección corresponda a un tercero designado por las partes.

Sea quien fuere el que deba practicar la elección, no podrá elegir parte de una prestación y parte de otra. Este es el principio de unidad de la prestación y debe ser cumplido. Así lo prevé el segundo párrafo del artículo 1162 del Código Civil. El precepto tiene por objeto la preservación del principio de identidad de la prestación, ya que en la obligación alternativa se debe pagar con cualquiera de las prestaciones de tal carácter, pero completamente, lo que equivale a decir que se tiene que ejecutar íntegramente una u otra, pero nunca parte de una y parte de otra, porque de esta forma se estaría violentando el principio citado.

Otro asunto de interés es que a través del tercer párrafo del artículo 1162, se hace de aplicación a las obligaciones alternativas los supuestos del artículo 1144, relativo a las consecuencias derivadas del incumplimiento del plazo en la elección de las prestaciones de dar bienes inciertos.

Consideramos que los fundamentos que sustentan a los artículos 1143 y 1144 del Código Civil en lo que respecta al tercero, si es que a éste corresponde la elección, no deberían ser, desde un punto de vista doctrinario, de plena aplicación a los casos de las obligaciones alternativas, ya que el tercero, en el caso de la elección de una prestación de esta naturaleza, sólo realiza una función de mandatario - arbitrador - no perito, debiendo actuar de mero arbitrio. En el caso de las obligaciones de prestaciones alternativas, nunca podrá haber un arbitrio de equidad, ya que hasta cierto punto resultará indiferente cuál de las prestaciones se elija, por los argumentos que planteamos al resolver la siguiente interrogante:

¿Por qué no se ha hecho también remisión al artículo 1143, relativo a la elección de acuerdo con la calidad media?

La respuesta es sencilla. En el caso de las obligaciones de dar bienes inciertos o indeterminados, resulta no sólo conveniente sino necesario efectuar precisiones como las previstas por el artículo 1143, pues las

partes no han definido qué bien se entregará, sino que éste deberá ser escogido sólo con posterioridad a la celebración del contrato, dentro de la especie señalada.

Sin embargo, el supuesto del artículo 1162 es totalmente distinto, pues en él las partes han establecido de antemano en qué consiste cada una de las prestaciones alternativas objeto de la obligación pactada. En el caso analizado, las partes han otorgado similar valor, en lo que a ellas respecta, a cada una de las prestaciones previstas. Aquí resultará indiferente cuál revestirá mayor valor o calidad entre ellas, pues les han asignado valor similar a todas.

Adicionalmente, las prestaciones objeto de las mismas podrían revestir distinta naturaleza (dar, hacer y no hacer), razón por la cual si persistiésemos en tratar de averiguar la calidad media de las mismas, nos resultaría imposible hacerlo, además de que ello sería absolutamente innecesario, por las razones recién expresadas.

Esto no quiere decir que si se tratase de una obligación alternativa nunca resulte de aplicación el artículo 1143 del Código Civil. Podría ocurrir que en una obligación alternativa la prestación cuyo cumplimiento se elija sea una de dar bien incierto o indeterminado. En este caso, para la elección de la prestación en sí, será de aplicación solamente el artículo 1144, en virtud de la norma de remisión contenida en el artículo 1162, pero en lo relativo a la elección del bien entre los inciertos —para hacerlo cierto— serán de aplicación concurrente los artículos 1143 y 1144, relativos a las obligaciones de esta naturaleza.

Para finalizar, señalamos que se plantearía un problema si fuese más de una la persona que tenga que hacer la elección (deudores o acreedores). En nuestra opinión debería optarse, en este caso, por el criterio de mayoría absoluta, evitando así hipotéticos entrampamientos y pérdida de eficacia de los contratos celebrados.

Tal vez la única duda que presenta esta posibilidad sería para el caso de la herencia, esto es la forma como los herederos del encargado de la elección de la prestación deben efectuarla. Así, podría sostenerse que la elección debe hacerse por unanimidad o por mayoría absoluta de los herederos. Sin embargo, consideramos más acertado el criterio que plantea la elección por mayoría absoluta, ya que en el Derecho —y no sólo dentro del Derecho Civil—, por lo general, resulta común

que las decisiones de órganos corporativos o de grupo se realicen por mayoría relativa o absoluta, siendo el criterio de unanimidad uno de excepción.

### 3.3. Formas de realizar la elección

El artículo 1163 del Código Civil establece las formas de realizar la elección de la prestación:

> Artículo 1163.- «*La elección se realiza con la ejecución de una de las prestaciones, o con la declaración de la elección, comunicada a la otra parte, o a ambas si la practica un tercero o el juez*».

En la norma se plantean dos formas:

(a) Con la ejecución de una de las prestaciones; o

(b) Con la declaración de la elección comunicada a la otra parte, o a ambas si la practica un tercero o el juez.

Por ello, quien deba realizar la elección podría optar por cualquiera de los dos caminos señalados. Si se ejecuta la prestación (salvo la excepción a esta regla, que luego desarrollamos), no se requeriría de la comunicación sobre la elegida, sino solamente tal ejecución por el deudor. Por la redacción del Código Civil esta posibilidad resulta evidente. Sin embargo, ella sólo será de aplicación cuando corresponda al deudor realizar la elección, ya que si ésta correspondiese al acreedor o a un tercero, mal podría el deudor, antes de que la prestación hubiese sido escogida, iniciar su ejecución.

Si se optase por la segunda vía, quien realice la elección deberá, necesariamente, comunicarla a la otra parte (si se tratase del deudor o del acreedor quien deba realizar dicha elección); si fuese el tercero designado por las partes, o el juez, quien deba efectuar la elección, deberá comunicarla a ambas partes para que ésta surta efectos.

Aquí deseamos plantear un supuesto interesante en lo que respecta a la elección por ejecución del deudor de una prestación alternativa.

Se trataría del caso en el que se hubiera pactado una obligación alternativa, con varias prestaciones, una de las cuales sea una prestación de no hacer. Si fuese el deudor quien tuviera que efectuar la elección en fecha determinada, y luego de transcurrida esa fecha no manifes-

tase su voluntad en ningún sentido, cabrían, en nuestra opinión, dos interpretaciones:

(a) Debería entenderse que ha escogido la prestación de no hacer, ya que es ésta justamente la que viene ejecutando.

Nosotros no compartimos esta tesis, sino la que explicamos a continuación.

(b) Para la hipótesis en la cual por lo menos una de las prestaciones consista en un no hacer, y le corresponda al deudor efectuar la elección, en principio necesariamente tendrá que realizar una elección expresa, ya que en este caso el silencio no representaría ninguna manifestación de voluntad, ni mucho menos el no hacer implicaría que esté ejecutando esa prestación.

Consideramos que en casos como el mencionado se requeriría de una elección expresa, a menos que la obligación de no hacer consista en dejar de hacer algo que se venía haciendo, o la omisión de algo en fecha prevista por la obligación alternativa que ya acaeció.

Si el lector abrigase alguna duda acerca de las bondades de esta segunda opción, plantéese el supuesto en el cual un deudor se hubiese obligado frente a un acreedor de manera alternativa a la ejecución de una cualquiera de tres prestaciones de no hacer. En este caso, no se podría interpretar el silencio y la abstención del deudor como equivalentes a la ejecución de alguna de ellas, ya que no sólo alguna es de no hacer, sino que las tres son de esta naturaleza, y no cabría imputar su silencio y abstención a alguna de ellas, a menos que alguna de las obligaciones de no hacer consistiese en dejar de hacer algo que se venía haciendo, o que llegara la fecha de omisión respecto a una de ellas, y el deudor omitiera hacer.

No obstante las precisiones anteriores, la elección siempre podría ser impugnada por no ceñirse a las previsiones contenidas en la relación obligacional.

Por otra parte, cabe advertir que los ejemplos señalados en estos comentarios no sólo son aplicables al caso de las obligaciones de no hacer. Podría tratarse, por ejemplo, de una obligación de dar que deba ejecutarse dentro de los 60 días luego de practicada la elección. El hecho de que no se haga nada durante los primeros 30 ó 40 días no significaría, evidentemente, un incumplimiento. O el caso del pintor

que se obliga a pintar un cuadro dentro de un plazo de tres meses, y durante el primer mes o los dos primeros meses no hace absolutamente nada. Entonces estaríamos ante obligaciones de dar o de hacer, que no tendrían por qué ejecutarse de inmediato. No se aplicaría a estos supuestos la primera forma de elegir a que alude el artículo 1163 del Código Civil, porque él expresa que «se realiza con la ejecución de una de las prestaciones».

Es claro, por lo demás, que cuando nos referimos a la elección de la prestación en las obligaciones alternativas, dicha elección tiene carácter irrevocable.

### 3.4. Elección en una obligación de prestaciones periódicas

El artículo 1164 del Código Civil plantea el supuesto en el cual una obligación alternativa tuviese por objeto dos o más prestaciones periódicas:

> *Artículo 1164.- «Cuando la obligación alternativa consiste en prestaciones periódicas, la elección hecha para un período obliga para los siguientes, salvo que lo contrario resulte de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso».*

En una obligación alternativa con prestaciones periódicas, se plantea, para quien deba realizar la elección, una elección inicial que se utilizará para todos los períodos restantes.

Por ejemplo, si el deudor se obliga ante su acreedor a arrendarle un inmueble, y se fija como contraprestación o la cantidad de 2,000 nuevos soles mensuales o un televisor marca «Sony», nuevo, de 28 pulgadas, mensualmente, como renta.

Si quien debe efectuar la elección es el deudor y éste paga la primera mensualidad con la entrega de un televisor, deberá cumplir el resto de mensualidades con similar prestación. No podría, salvo convenio distinto con el acreedor, cumplir con la entrega de los 2,000 soles en otra mensualidad y así alternativamente.

Esto nos lleva a plantearnos la hipótesis de que resulte imposible continuar con la ejecución de la prestación elegida, lo que sucedería si luego de cuatro meses, por ejemplo, se descontinuase la fabricación de televisores de la marca «Sony». En tal supuesto, salvo un nuevo acuerdo

con el acreedor, la obligación se resolvería, ya que su ejecución resultaría imposible sin culpa de las partes.

La solución del Código Peruano se sustenta en que es principio del Derecho disipar la incertidumbre. Y ello se logra, sin duda, con la primera y única elección, salvo las excepciones previstas por la ley, que fija efectivamente el objeto.

Resulta necesario señalar, adicionalmente, que la innovación más importante en relación al Código Civil de 1936, acogida por el artículo 1164 del Código vigente, es que la elección hecha para un período obliga para los siguientes, salvo las excepciones a las que él alude, a diferencia del citado Código de 1936 que en su artículo 1193 establecía que una elección no obligaba para las otras. La ley vigente, en consecuencia, presume que la manifestación de voluntad expresada para un período, alcanza a los demás. Esta presunción simplifica, sin duda, el cumplimiento de la obligación por el deudor, quien podrá adoptar las previsiones necesarias para ejecutar la prestación en los períodos siguientes. Se abandona, por otra parte, la expresión «prestaciones anuales», que empleaba el Código Civil de 1936, para sustituirla por la expresión «prestaciones periódicas», que revela con mayor propiedad el pensamiento del legislador de 1936. Parece evidente que es la «periodicidad» y no la «anualidad» la que determina la regla. El precepto, por último, aclara que el principio en él consignado sólo opera cuando no resulte lo contrario de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso.

### *3.4.1. Posibilidad de entrelazar los criterios clasificatorios de las obligaciones de objeto plural*

Consideramos que el artículo 1164 es muy interesante, pues plantea la posibilidad de ensayar una teoría sobre la conjuntividad, alternatividad y facultatividad de las obligaciones con prestaciones alternativas de carácter periódico.

Desarrollamos esta teoría a continuación.

El tratamiento habitual de las obligaciones alternativas y facultativas plantea la ejecución de una prestación en un momento determinado. Sin embargo, el artículo 1164 establece la posibilidad de que en el caso de las obligaciones alternativas, una de ellas consista en prestaciones de ejecución periódica, lo que llevaría a plantearnos el problema de que la

ejecución de la prestación elegida pueda revestir, a su turno, el carácter de alternativa, facultativa o conjuntiva.

La obligación, por consiguiente, puede ser:

• *De única prestación*

Esta prestación podría ser ejecutada fraccionadamente o en partes, sin dejar de ser una sola prestación.

Para citar un ejemplo, si una parte se ha comprometido a transferir la propiedad de una casa, mientras que la otra parte se ha obligado a hacerle un pago a plazos (fraccionado en dos armadas), utilizando cualquiera de las siguientes posibilidades:

- De manera alternativa, vale decir, o 100,000 nuevos soles o joyas por ese valor;

- De manera facultativa, vale decir, donde la prestación principal es entregar 100,000 nuevos soles y la accesoria entregar las joyas;

- De manera facultativa, vale decir, donde la prestación principal es entregar las joyas y la accesoria entregar los 100,000 nuevos soles;

- De manera conjuntiva, vale decir, entregando 50,000 nuevos soles en efectivo en una primera armada y la misma cantidad de nuevos soles en una segunda cuota; o

- De manera conjuntiva, vale decir, entregando joyas por un valor de 50,000 nuevos soles en cada una de las dos armadas.

Como puede apreciarse de las variantes previstas, la aplicación del criterio de alternatividad, facultatividad y conjuntividad se da en el nivel del objeto de la prestación.

• *De varias y distintas prestaciones*

Estas varias y distintas prestaciones deberán ser, necesariamente, de ejecución periódica. Por ejemplo, las prestaciones en un contrato de arrendamiento o de suministro.

Partiendo de esa premisa, las prestaciones objeto de la obligación pueden ser, indistintamente, de naturaleza alternativa, facultativa y conjuntiva, de donde se originan numerosas variantes:

Puede presentarse una obligación alternativa que genere dos prestaciones y que cada una de estas dos prestaciones alternativas

consista en la ejecución de diversas prestaciones periódicas de carácter conjuntivo.

Este sería el caso del deudor que se obliga ante su acreedor a la entrega alternativa y periódica de polos o camisas. Pero si elige entregar polos, deberá efectuar dicha entrega con polos elaborados de algodón, *nylon* y *polyester*; mientras que si hubiese elegido la entrega de camisas, éstas deberán ser de seda, *chalisse* y gasa.

Puede darse una obligación que genere dos prestaciones conjuntivas y que, cada una de estas prestaciones conjuntivas, consista en la ejecución de diversas prestaciones periódicas de carácter alternativo.

Sería el caso del fotógrafo deudor que se obligase frente a su acreedor a la entrega conjuntiva de retratos y paisajes. Es claro que deberá ejecutar ambas prestaciones, los retratos y los paisajes, por ser conjuntiva la obligación, pero esta situación podría plantearnos que, respecto de los retratos, se haya pactado la alternatividad de que éstos sean en blanco y negro o a colores, y que lo propio se haya convenido sobre los paisajes, en ambos casos, a elección del deudor.

En este ejemplo notamos que se trata de prestaciones conjuntivas, si las vemos entre grupo y grupo, pero que son alternativas en cuanto a la ejecución de las prestaciones, dado que suponen efectuar una elección entre ellas.

Otro ejemplo sería el caso del concesionario de la cafetería de una empresa que se hubiese obligado al suministro de helados de vainilla y chocolate a la hora de almuerzo, durante los tres meses de verano, pero pactándose que los comensales podrán elegir, alternativamente, entre helados de vainilla y helados de chocolate, sin que puedan tomar de ambos a la vez.

Puede presentarse una obligación que genere dos prestaciones facultativas, pero que, a la vez, cada una de estas prestaciones consistiese en una conjuntividad de prestaciones periódicas. Éste sería el caso de un deudor que se obligase frente a su acreedor a la entrega de 100 kilos de azúcar mensuales (como prestación principal) ó 100 kilos de arroz mensuales (prestación accesoria). En este caso, a nivel de ambas prestaciones, habría facultatividad. Pero si dichas cantidades (en cualquiera de los dos casos) deben entregarse en bolsas de medio kilo, un kilo y dos kilos a la vez, estaríamos frente a la conjuntividad a nivel de su ejecución.

Podría presentarse una obligación que genere dos prestaciones conjuntivas, y en la que cada una de ellas consistiese en una facultatividad de prestaciones periódicas. Éste sería el caso de un deudor que se obligase frente a su acreedor a la entrega semanal de 10 cajas de gaseosas y de 10 cajas de cerveza. Pero cuando entregue las 10 cajas de gaseosas o de cerveza, podrá elegir entre si se cumple con gaseosas o cervezas de tamaño grande o mediano, siendo el tamaño grande la prestación periódica principal, mientras que el tamaño mediano la prestación periódica accesoria. Como se ve, a este nivel estaríamos en presencia de la facultatividad.

Podría darse el caso de una obligación que genere dos prestaciones alternativas, pero que cada una de estas prestaciones, a su vez, consistiese en la ejecución periódica de prestaciones facultativas. Este supuesto sería el de un deudor que se hubiese obligado frente a su acreedor a la entrega semanal de 10 cajas de gaseosas ó 10 cajas de cerveza (o una opción u otra), pero si se ejecutase la de dar gaseosas, el deudor tendría la facultad de dar *Coca Cola* (como prestación periódica principal) o *Inca Kola* (como prestación periódica accesoria); y si optase por cumplir su obligación con la entrega de cerveza, pudiese ejecutar dicha obligación de ejecución periódica, con la entrega de *Cristal* o de *Pilsen*, de manera facultativa, constituyendo la cerveza *Cristal* la prestación periódica principal, en tanto que la cerveza *Pilsen*, la accesoria.

También existiría el supuesto de una obligación que genere dos prestaciones facultativas, donde cada una de ellas, a su vez, consistiese en la ejecución de prestaciones periódicas alternativas. Sería el caso de un deudor que se hubiese obligado ante su acreedor a la entrega facultativa de 100 kilos de arroz ó 100 kilos de azúcar, donde sea el arroz la prestación principal, en tanto que el azúcar la accesoria. Pero como la ejecución de cualquiera de dichas prestaciones se realizaría de manera periódica, esta ejecución podría hacerse o con arroz extranjero o con arroz nacional (para el primer caso), o con azúcar extranjera o con azúcar nacional (para el segundo supuesto).

Es posible, como consecuencia de lo expresado, que los criterios de alternatividad, facultatividad y conjuntividad al nivel del objeto de la prestación, presenten diversas variables o posibilidades:

Que la obligación sea:

- Conjuntiva, alternativa y conjuntiva;
- Conjuntiva, facultativa y conjuntiva;
- Conjuntiva, alternativa y facultativa;
- Conjuntiva, facultativa y alternativa.
- Alternativa, conjuntiva y facultativa;
- Alternativa, facultativa y conjuntiva;
- Alternativa, facultativa y alternativa;
- Alternativa, conjuntiva y alternativa.
- Facultativa, alternativa y conjuntiva;
- Facultativa, conjuntiva y alternativa;
- Facultativa, alternativa y facultativa;
- Facultativa, conjuntiva y facultativa.

Antes de concluir nuestros comentarios sobre este tema, debemos precisar que las sub-divisiones y criterios a seguir para combinar la alternatividad, con la facultatividad y la conjuntividad, resultan, en buena cuenta, infinitos.

Así, podríamos tener el caso siguiente:

Un deudor se obliga a entregar a su acreedor carne o vegetales (alternativa). Para seguir sólo con la opción de la carne, podríamos decir que ésta podrá ser roja o blanca (alternativa); mientras que si es blanca, deberá tratarse de pescado y de gallina (conjuntiva); y en esta situación, sólo para hablar de la carne de pescado, ésta deberá ser de corvina, mero y lenguado (conjuntiva), pero el deudor podrá optar de manera facultativa a la entrega de cortes de uno o de dos kilos (facultativa). Adicionalmente, en cualquiera de los casos, el pescado podrá ser fresco o congelado (alternativa) y deberá estar envasado en cajas y en bolsas (conjuntiva). Cabría agregar que los envases podrían ser etiquetados o no (alternativa), y así seguir con las posibilidades de manera indefinida.

### 3.5. Reglas de imposibilidad de la ejecución de una o más prestaciones

Los artículos 1165 y 1166 del Código Civil consignan normas para resolver las diversas situaciones que se pueden presentar después de

haberse contraído una obligación alternativa y producirse la imposibilidad de la ejecución futura y oportuna de alguna, algunas o todas las prestaciones derivadas de dicha obligación, pero considerando en cada caso a quién corresponde la elección y si dicha imposibilidad se debe a culpa del deudor o ha ocurrido sin culpa del mismo. Podría decirse que estas normas hacen de aplicación a las obligaciones alternativas la teoría del riesgo, la misma que se encuentra prevista por el artículo 1138 del Código Civil, salvando, desde luego, la diversa naturaleza jurídica entre ambas instituciones.

La metodología empleada por el Código en los artículos citados tiene como finalidad resolver tales problemas, considerando si es el deudor, el acreedor, un tercero o el juez, quien debe elegir la prestación a ejecutarse por el deudor.

El artículo 1165 desarrolla el supuesto en el que la elección de la prestación alternativa a cumplirse corresponde al deudor:

> *Artículo 1165.- «Cuando la elección corresponde al deudor, la imposibilidad de una o más prestaciones se rige por las reglas siguientes:*
>
> *1.- Si todas las prestaciones son imposibles por causas imputables al deudor, la obligación queda resuelta y éste debe devolver al acreedor la contraprestación, si la hubiere, y asimismo debe pagar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios referidos a la última prestación que fuera imposible.*
>
> *2.- Si algunas prestaciones son imposibles, el deudor escoge entre las subsistentes.*
>
> *3.- Si todas las prestaciones son imposibles por causas no imputables al deudor, se extingue la obligación».*

El artículo 1165, inciso primero, es coherente con la solución adoptada por el Código en las reglas generales sobre inejecución, habida cuenta de que si por culpa o dolo del propio deudor resultan imposibles todas las prestaciones alternativas, ya no es posible el cumplimiento de la obligación.

El Código presume que el deudor, al haber hecho imposible la penúltima prestación, dejó una última prestación con posibilidades de ejecutar. Y al hacer imposible la ejecución de esta última prestación, en

buena cuenta ha hecho imposible la única prestación con la que podía cumplir. De ahí que cuando el Código debe elegir una indemnización de daños y perjuicios referida a alguna de las prestaciones, decide por la última imposible.

Por otra parte, podría cuestionarse que se señale que dicha indemnización está referida a la última prestación en hacerse imposible y no a la más valiosa o de mayor valor; a lo que podría contestarse que esta propuesta sería poco coherente con la alternatividad de las prestaciones, supuesto base del artículo 1165 del Código, pues si el deudor no ha elegido todavía (estando dentro del plazo para hacerlo) la prestación a ejecutar, en realidad no ha habido individualización de la misma, razón por la cual todavía no se sabe cuál es la prestación cuyo cumplimiento podrá exigir el acreedor.

Adicionalmente, sería ilógico tratar de referir el monto de la indemnización a la prestación de mayor valor, ya que no necesariamente estaremos ante prestaciones de la misma naturaleza, pues podrían ser de dar, de hacer y de no hacer, por lo que resultaría difícil valorizar y apreciar económicamente la importancia de cada una de ellas para decidir cuál es la de mayor valor.

Debe entenderse, además, que cuando el Código trata en los artículos 1165 y 1166 de estos temas, lo hace fundamentalmente refiriéndose a quién (si el acreedor o el deudor) debe sufrir el riesgo por la imposibilidad de la ejecución futura de la contraprestación.

En buena cuenta, podríamos decir que el Código rige para determinar quién asume el riesgo de pérdida de la contraprestación o contraprestaciones alternativas.

Sin embargo, resultaría imposible aplicar a estos supuestos las normas contenidas en los seis incisos del artículo 1138, ya que éstos están referidos al riesgo en las obligaciones de dar bienes ciertos, mientras que los preceptos de los artículos 1165 y 1166 se vinculan al riesgo de imposibilidad de las prestaciones, término de mayor amplitud que el concepto de pérdida, pues este último sería de aplicación a las obligaciones con prestaciones de dar, y al «dar» en aquellas obligaciones de hacer que concluyen en un dar; mas no a las de no hacer ni a las de un «hacer» propiamente dicho. Además, la teoría del riesgo a la que aludimos se aplica a la hipótesis en que exista tan sólo

una prestación de dar, caso distinto al de las obligaciones alternativas que se constituyen al menos con dos prestaciones, que pueden ser de dar, hacer o no hacer.

Advertimos que aquí no comentamos los incisos segundo y tercero del artículo 1165 debido a que lo hacemos al analizar el artículo 1166.

De otro lado, cuando la elección corresponde al acreedor, a un tercero o al juez, y todas las prestaciones resultan imposibles por causas imputables al deudor, las consecuencias jurídicas se encuentran reguladas en el artículo 1166:

> *Artículo 1166.- «Cuando la elección corresponde al acreedor, a un tercero o al juez, la imposibilidad de una o más prestaciones se rige por las reglas siguientes:*
>
> *1.- Si todas las prestaciones son imposibles por causas imputables al deudor, la obligación queda resuelta y éste debe devolver al acreedor la contraprestación, si la hubiere, y asimismo debe pagar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios referidos a la prestación imposible que el acreedor señale.*
>
> *2.- Si algunas prestaciones son imposibles por causas imputables al deudor, el acreedor puede elegir alguna de las subsistentes; disponer, cuando ello corresponda, que el tercero o el juez la escoja; o declarar resuelta la obligación. En este último caso, el deudor devolverá la contraprestación al acreedor, si la hubiere, y pagará la correspondiente indemnización de daños y perjuicios referidos a la prestación imposible que el acreedor señale.*
>
> *3.- Si algunas prestaciones son imposibles sin culpa del deudor, la elección se practica entre las subsistentes.*
>
> *4.- Si todas las prestaciones son imposibles sin culpa del deudor, se extingue la obligación».*

La solución del inciso primero del artículo 1166 del Código Civil determina que la obligación quede resuelta y el deudor deba devolver al acreedor la contraprestación, si la hubiere, y pagar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios referidos a la prestación imposible que el acreedor señale.

Fundamentalmente, el no haberse adoptado similar solución para el supuesto de elección por el acreedor, que aquella prevista por

el artículo 1165, inciso primero, respecto de la elección por el deudor, se basa en que ambos supuestos son distintos.

En efecto, cuando debe elegir el acreedor y todas las prestaciones devienen en imposibles por culpa del deudor, si bien la elección por aquél ya no se podrá realizar, no será menos cierto que el acreedor sí está en aptitud de fijar la indemnización en relación a la prestación imposible que señale; vale decir, en razón de la prestación imposible que se entienda hubiese elegido, de haber podido hacerlo.

En lo que respecta a la imposibilidad de algunas prestaciones por culpa del deudor, encontramos solución para cada uno de los supuestos en el artículo 1165, inciso segundo, y en el artículo 1166, inciso segundo, del Código Civil.

Para el primero de ellos, si algunas prestaciones son imposibles y el deudor es quien debe realizar la elección, será éste quien escoja entre las subsistentes. Cabe expresar que no obstante que el inciso segundo del artículo 1165 no señala por qué causas devienen en imposibles estas prestaciones, debe entenderse que es indiferente que ello obedezca a causas imputables al deudor o a ausencia de culpa, ya que en ambos supuestos la solución necesariamente es la misma.

En cambio, el inciso segundo del artículo 1166 se ubica en el supuesto de que algunas prestaciones sean imposibles por causas imputables al deudor, caso en el cual el acreedor puede elegir alguna de las subsistentes (ya que podría ocurrir que precisamente alguna de las subsistentes sea aquella sobre la cual tenía interés preferente el acreedor); disponer, cuando ello corresponda, que el tercero o el juez escoja; o declarar resuelta la obligación (en el supuesto en el cual ninguna de las prestaciones subsistentes sea de interés del acreedor). El deudor debe devolver en este último caso la contraprestación al acreedor, si la hubiere, y pagar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios referida a la prestación imposible que el acreedor señale.

El inciso tercero del artículo 1166 prescribe que si algunas prestaciones son imposibles sin culpa del deudor, la elección se practica entre las subsistentes. Es evidente que el referido inciso es adecuado, pues resultaría injustamente oneroso para el deudor, si ocurriese la imposibilidad de algunas prestaciones alternativas por ausencia de culpa, que el acreedor tuviese la facultad de resolver el contrato.

Cabe mencionar que aunque el Código Civil señala en los artículos 1165, inciso segundo, y 1166, incisos segundo y tercero, «si algunas prestaciones son imposibles», refiriéndose a las prestaciones que se convierten en imposibles con posterioridad a la celebración del contrato, ello no significa que las aludidas normas no sean de aplicación cuando la imposibilidad se refiriese a una sola de las prestaciones, pues es supuesto frecuente que las obligaciones con prestaciones alternativas sólo consten de dos prestaciones.

Por último, el Código Civil establece en sus artículos 1165, inciso tercero, y 1166, inciso cuarto, que si todas las prestaciones son imposibles sin culpa del deudor, se extingue la obligación.

Sin embargo, el Código no ha estimado necesario mencionar, por considerar evidentes sus soluciones, algunos supuestos de importancia, ya sea cuando la elección debe realizarla el deudor, el acreedor, un tercero o el juez.

–Se trata, primero, del caso en que todas las prestaciones resulten imposibles por culpa del acreedor, supuesto en el cual, ya sea que la elección la hubiese tenido que hacer el deudor, el acreedor, un tercero o el juez, deberá extinguirse la obligación del deudor y el acreedor estará obligado a pagar una indemnización por los daños y perjuicios causados por su actuar culposo o doloso.

–Si una de las prestaciones resultase imposible por culpa del acreedor y a éste, al tercero o al juez le correspondía efectuar la elección, debe considerarse que el acreedor eligió aquella prestación que resultó imposible por su culpa, y que el deudor cumplió con la ejecución de la misma.

–Si algunas de las prestaciones resultasen imposibles por culpa del acreedor y a éste, al tercero o al juez, le correspondía efectuar la elección, debe considerarse que el acreedor eligió la primera que resultó imposible por su culpa, y que el deudor ejecutó dicha prestación; y sobre la(s) restante(s) que devinieron en imposibles con posterioridad, el acreedor deberá resarcir al deudor los daños y perjuicios ocasionados.

–Si una de las prestaciones resultase imposible por culpa del acreedor y es al deudor a quien le correspondía efectuar la elección, el deudor tendría la facultad o de imputar su elección a la prestación que devino en imposible o de solicitar una indemnización de daños y

perjuicios al acreedor por dicha prestación y ejecutar la otra subsistente o alguna de las subsistentes.

-Si algunas de las prestaciones resultasen imposibles por culpa del acreedor y es al deudor a quien le correspondía efectuar la elección, éste tendría la facultad de imputar su elección a una de las prestaciones devenidas en imposibles y solicitar una indemnización de daños y perjuicios por las otras prestaciones imposibles; o solicitar una indemnización de daños y perjuicios por la totalidad de prestaciones imposibles y ejecutar cualquiera de las subsistentes.

Antes de concluir estos comentarios, debemos expresar que, en nuestra opinión, no podría cuestionarse que en los artículos 1165 y 1166 del Código Civil de 1984, no se hayan tratado todas las hipótesis imaginables en materia de imposibilidad de una o más prestaciones que constituyan objeto de una obligación alternativa. No creemos que exista omisión alguna, pues luego de analizar los supuestos previstos por el Código Civil en los preceptos citados, además de las hipótesis planteadas por nosotros, y de aquellas que hemos recogido de la doctrina consultada, llegamos a la conclusión de que podrían ser muy numerosos, lo que avala la técnica legislativa del Código al haber contemplado sólo los casos fundamentales relativos al tema. No está demás decir que sobre la base de las reglas previstas por el Código Civil podríamos, ayudados por la lógica y la aplicación de evidentes principios jurídicos, resolver en justicia cualquier caso que se planteara.

### 3.6. Supuesto en el que la obligación alternativa deviene en una de objeto simple

El artículo 1167 del Código Civil establece cuándo una obligación alternativa se considera simple:

> *Artículo 1167.- «La obligación alternativa se considera simple si todas las prestaciones, salvo una, son nulas o imposibles de cumplir por causas no imputables a las partes».*

Lo dispuesto en esta norma es consecuencia lógica de que en una obligación alternativa todas las prestaciones, salvo una, resulten nulas o imposibles de cumplir por causas no imputables a las partes. Este es el supuesto de lo que la doctrina conoce como la «concentración anormal de la prestación», a diferencia de lo que ocurre cuando una obligación

alternativa se convierte en simple por elección, en que se produce la «concentración normal de la prestación». Aquella denominación se adopta, en consecuencia, por contraposición con la «concentración normal de la prestación», supuesto que se presenta cuando se realiza una elección (por el deudor, por el acreedor, por un tercero o por el juez). La concentración de la prestación resulta «anormal» en el caso del artículo 1167, porque ella deriva de causas distintas de la elección (supuesto normal y usual), ya que se presenta cuando las prestaciones (todas menos una) son nulas o imposibles de cumplir por causas no imputables a las partes. En este caso no se plantea ninguna alternativa, en el sentido de que el deudor o el acreedor pudieran escoger entre el cumplimiento de la única prestación posible de ejecutar o la resolución del contrato, puesto que dicha situación podría perjudicar, en todo caso, a alguna de las partes (en especial al deudor), quien no habría actuado culposamente, pues la nulidad o imposibilidad de las demás prestaciones obedece a causas no imputables.

Es lógico, entonces, que si estamos frente a una obligación de objeto múltiple (de dos o más prestaciones), al devenir dicha obligación en una de objeto simple (al dejar de ser posible la ejecución de las prestaciones restantes o ser nulas), ésta se rija por las reglas de las obligaciones de objeto simple, vale decir, según su naturaleza, de dar, hacer o no hacer.

## 4. OBLIGACIONES FACULTATIVAS

### 4.1. Noción

La obligación facultativa se considera con objeto plural, pero difiere sustancialmente de la obligación alternativa. Mientras en esta última existen dos o más prestaciones *in obligatione*, en la obligación facultativa solamente existe una, en tanto que la otra prestación se encuentra *in facultate solutionis*, lo que equivale a decir que el deudor sólo debe una prestación, pero que puede satisfacer su cumplimiento (puede pagar) con la ejecución de otra prestación distinta.

Conviene, sin embargo, efectuar algunas precisiones. En primer lugar, debe quedar claro que si bien sólo una prestación se encuentra *in obligatione*, eso no quiere decir que la otra prestación (aquella que se encuentra en facultad de solución) no haya formado parte del pacto o

contrato o no esté establecida como tal en virtud de la otra fuente de las obligaciones, esto es por la ley.

De otro lado, debemos señalar que en el caso de las obligaciones facultativas debe existir una prestación *in obligatione* y una en facultad de solución; y de este modo, el deudor podría liberarse no sólo pagando con la prestación que se encuentra *in obligatione,* sino con la otra, esto es con la facultativa.

Agregamos, además, que en este tipo de obligaciones a la prestación que se encuentra en obligación se le denomina prestación principal, y a la prestación que se encuentra en facultad de solución se le denomina prestación accesoria.

No resulta frecuente encontrar en la práctica jurídica supuestos de obligaciones facultativas, contractualmente instituidas.

Sin embargo, ocasionalmente se advierte la existencia de obligaciones facultativas, pero en las cuales la facultad está determinada no en virtud de la voluntad de los contratantes, sino por la ley.

Es el caso del artículo 1237 del Código Civil, el cual establece que, salvo pacto en contrario, de haberse estipulado una obligación dineraria en moneda extranjera (prestación principal), el deudor tendrá la facultad de pagar en la moneda extranjera pactada o en moneda nacional (prestación accesoria), al tipo de cambio de venta que rija en el día del vencimiento de la obligación o, si se retrasa en el pago, a este último tipo de cambio o al vigente el día del pago, a elección del acreedor.

En torno al numeral 1168 del Código, primer artículo relativo a las obligaciones facultativas, debemos reparar en el significado de la expresión «se determina únicamente por la prestación principal», que emplea la norma:

> *Artículo 1168.- «La obligación facultativa se determina únicamente por la prestación principal que forma el objeto de ella».*

Si bien no existe unanimidad en la doctrina debido a la ambigüedad que genera la expresión resaltada, nosotros consideramos a la obligación facultativa como una de objeto plural, ya que el deudor se ha comprometido con su acreedor a la ejecución de dos prestaciones, de las cuales una sola de ellas es principal y la otra es accesoria. Debemos recordar que la idea de considerar a la obligación facultativa como una

de objeto plural, está implícita en el Código Civil Peruano y en otros Códigos, al regular a esta clase de obligaciones dentro del mismo título que las obligaciones alternativas. Más aún, en toda obra de Derecho de Obligaciones se trata a las obligaciones conjuntivas, alternativas y facultativas en un mismo título, como aquéllas con pluralidad de objeto.

¿Bajo qué criterio se estudiaría entonces a estas tres clases de obligaciones de manera conjunta?

Consideramos que la respuesta es sencilla, ya que las tres obligaciones mencionadas responden a un criterio clasificatorio de pluralidad de objeto. Diversos autores convienen en la pertinencia de este concepto. Sin embargo, contradictoriamente, resulta frecuente observar que algunos de esos tratadistas, al entrar en el detalle de estos tres tipos de obligaciones, señalan que tanto las conjuntivas como las alternativas son de objeto plural, pero que, sin embargo, las facultativas son de objeto simple o único. Si ello fuera así, no entendemos por qué siguen abordando estas obligaciones en esa zona del Derecho. Serían más coherentes, dentro de la óptica mencionada, si las ubicaran inmediatamente después de las obligaciones según su naturaleza (dar, hacer o no hacer), ya que entonces sí estaríamos en presencia de obligaciones de objeto único y no de objeto plural.

Somos conscientes de que con esta posición estamos yendo en contra de una idea adoptada por la generalidad de la doctrina de nuestra tradición jurídica; pero, no obstante ello, asumimos esta realidad, por las consideraciones desarrolladas a lo largo del presente estudio.

Por eso, luego de continua reflexión, consideramos impropia, dentro del texto del artículo 1168 del Código Civil Peruano de 1984, la frase «se determina únicamente por la prestación principal». Nosotros creemos, lo repetimos, que la obligación facultativa es una de objeto plural. Por ello ésta no se determina únicamente por la prestación principal, sino por la prestación que se ejecute como objeto de dicha obligación (la principal o la accesoria), pues al fin y al cabo no se conoce con certeza, al momento de su nacimiento, con cuál de ellas cumplirá el deudor.

Pensemos, por un momento, qué ocurriría si considerásemos a esta obligación como de objeto único, si la prestación principal fuese divisible y la accesoria indivisible, o viceversa; o qué sucedería si una de ellas fuese mancomunada y la otra solidaria.

Creemos que lo lógico, en estos casos, sería que el carácter de divisible o indivisible se considere únicamente respecto a la prestación que se ejecute, salvo en caso de incumplimiento, en que el acreedor sólo podría exigir la prestación principal. Esto, porque no necesariamente ambas prestaciones (la principal y la accesoria) tendrán las mismas características jurídicas. Por ello, la obligación facultativa no se determina únicamente por la prestación principal, sino que tal determinación, entendida como una de sus características, deberá efectuarse de acuerdo con la prestación que se ejecute (la principal o la accesoria).

Consideramos, en consecuencia, que el artículo 1168 debería prescindir de la frase «se determina únicamente por la prestación principal», y que este precepto, por consiguiente, está demás.

Otro aspecto a destacar es que en las obligaciones facultativas no hay turnos para escoger; es el deudor quien decide con cuál va a cumplir, de tal manera que el acreedor, si quiere requerir al deudor el cumplimiento de la obligación, lo único que le va a poder exigir es la prestación principal. El acreedor no tiene posibilidad de exigir el cumplimiento de la prestación accesoria; no tiene posibilidad de escoger.

Cabe advertir que si bien el acreedor en la obligación facultativa sólo puede exigir la prestación principal, el deudor estará siempre en la facultad de cumplir con la prestación accesoria o, naturalmente, con la prestación principal.

La decisión que adopte el deudor respecto a cuál de las prestaciones va a ejecutar es, en definitiva, arbitraria, pero tiene como presupuesto el que aquélla pueda ser efectivamente cumplida.

Un tema que en reiteradas ocasiones suscita polémica, en lo referente a las obligaciones facultativas, es el relativo a cuál de las partes es la que tiene el derecho de sustituir el pago de la prestación principal por la prestación accesoria. Es criterio prácticamente unánime de la legislación comparada el otorgar esta facultad de sustitución únicamente al deudor de la obligación, y no al acreedor.

Sin perjuicio de ello, nada impide que los contratantes, en uso de la autonomía privada, pacten la relación obligatoria en los términos que ellos decidan, pues no nos encontramos ante supuestos imperativos o que conciernan al orden público o a las buenas costumbres. Pero en estos

casos no estaríamos ante una obligación facultativa, sino frente a una relación obligacional innominada, atípica, cuyas soluciones tendríamos que encontrarlas en la aplicación analógica de los preceptos sobre las obligaciones alternativas y facultativas o en los principios generales del Derecho.

### 4.2. Extinción de obligación facultativa por nulidad o imposibilidad de las prestaciones

Puede ocurrir que alguna de las prestaciones o ambas sean nulas o devenguen en imposibles de cumplir, supuestos para los cuales el artículo 1169 dispone lo siguiente:

> *Artículo 1169.- «La obligación facultativa se extingue cuando la prestación principal es nula o imposible, aunque la prestación accesoria sea válida o posible de cumplir».*

Como hemos expresado, la prestación *in obligatione* es la principal, mientras que la prestación o las prestaciones en facultad de solución son las accesorias.

En tal sentido, la regla del artículo 1169 es de plena lógica al prever que la prestación accesoria (hemos señalado que puede tratarse de varias prestaciones) sigue la suerte de la principal. Por eso, si la prestación principal resultase nula o de imposible ejecución, ello determinaría la extinción de la obligación facultativa, independientemente de si la prestación o prestaciones accesorias continúan siendo susceptibles de cumplirse.

Consideramos preciso indicar que resulta indiferente la causa por la cual pueda resultar nula o imposible la prestación principal, para que rija el numeral 1169 del Código Civil.

Si la prestación principal deviniese en imposible de cumplirse por culpa del acreedor, la obligación se extinguiría y el acreedor tendría el deber de sufragar los daños y perjuicios que hubiera ocasionado al deudor.

Si la prestación principal resultase imposible sin culpa de las partes, la obligación se extinguiría, sin tener derecho el deudor a reclamar contraprestación alguna, si la hubiere.

El supuesto que resulta de mayor interés, es aquel según el cual la prestación principal deviniese en imposible por culpa del deudor. Podría pensarse que en este caso sería justo que el deudor cumpliese ejecutando la accesoria. Pero tal situación no se podría dar, ya que al resultar imposible la prestación principal se habría extinguido la obligación. En este caso, no se podría ejecutar la obligación, lo que traería como consecuencia que el acreedor no ejecutara su contraprestación, si la hubiere, y que el deudor pudiera ser compelido por el acreedor para el pago de los daños y perjuicios ocasionados por su incumplimiento.

Consideramos que la solución anotada en el párrafo anterior guarda estrecha relación con la naturaleza de las obligaciones facultativas. De admitir la solución contraria (aquélla en que el deudor podría cumplir ejecutando la prestación accesoria), estaríamos disipando parte importante de la ya de por sí tenue línea que distingue a las obligaciones facultativas de las obligaciones alternativas.

Sin embargo, a pesar de ser la anotada la solución técnicamente correcta, dudamos de que sea la que revista mayor justicia. Pero no nos olvidemos, empero, de que estamos frente a una obligación facultativa y no ante una alternativa.

Estimamos conveniente precisar en este punto que, en lo referente al riesgo de pérdida de la prestación principal, o, dicho de otro modo, en lo relativo a la imposibilidad de ejecutar la prestación principal, pensamos que resultarían de aplicación, *mutatis mutandis*, los principios que el Código Civil Peruano de 1984 establece como teoría del riesgo para las obligaciones de dar bienes ciertos en su artículo 1138. Creemos que estos principios resultan más acordes a la naturaleza de la obligación facultativa que aquellos otros recogidos en los numerales 1165 y 1166, que se refieren a las obligaciones alternativas, ya que en estos últimos nos encontramos por lo menos con dos prestaciones principales, por lo que se incorporan a esta materia diversas posibilidades en relación al cumplimiento de cualquiera de las prestaciones que no hayan devenido en imposibles. Creemos que postular lo contrario, si bien podría considerarse lógicamente correcto, destruiría el principio jurídico de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, además de desnaturalizar a la obligación facultativa.

### 4.3. Conversión de una obligación facultativa en obligación de objeto simple

El artículo 1170 del Código Civil prescribe lo siguiente:

> *Artículo 1170.- «La obligación facultativa se convierte en simple si la prestación accesoria resulta nula o imposible de cumplir».*

Si bien lo accesorio sigue siempre la suerte de lo principal, es evidente que no sucede lo mismo con lo principal respecto de lo accesorio.

Aquí sólo debemos precisar que si la obligación facultativa está constituida por una prestación principal y una accesoria, y es la prestación accesoria la que resulta imposible de cumplir, la obligación se convertirá en una de objeto simple y se regirá por las reglas de esta última categoría de obligaciones.

### 4.4. Presunción de obligación facultativa

El artículo 1171 del Código Civil, en fin, establece que si hubiese duda en la interpretación de si la obligación es alternativa o facultativa, se tendrá ésta por facultativa:

> *Artículo 1171.- «En caso de duda sobre si la obligación es alternativa o facultativa, se la tiene por facultativa».*

La razón de ser de esta norma se fundamenta en que la obligación facultativa, dada la regulación del Código Civil Peruano, resulta en algunos extremos más beneficiosa para el deudor que la obligación alternativa; y por esta razón, a través del artículo 1171, se busca disipar dudas favoreciéndolo.

El referido principio recoge en su integridad el texto del artículo 1199 del Código Civil de 1936.

En este punto queremos efectuar dos precisiones.

La primera es que para la interpretación de un caso de duda acerca de si la obligación es alternativa o facultativa, tal supuesto deberá ser asumido, de subsistir la duda, luego de haber aplicado al acto materia de análisis las reglas sobre interpretación del acto jurídico contenidas en los artículos 168 a 170 del Código Civil (de tratarse de una obligación generada a través de un negocio jurídico), o, si la obligación surge en

virtud de la ley, luego de aplicar los principios interpretativos generales acerca de las normas legales.

A través de estos procesos interpretativos podría llegarse, válidamente, a la conclusión de que se trata de una obligación alternativa y no necesariamente de una obligación facultativa; o, más bien, llegarse también a la conclusión opuesta, esto es que se trata de una obligación facultativa. De obtenerse alguna de esas respuestas, no sería de aplicación, evidentemente, lo dispuesto por el artículo 1171 del Código Civil, pues no habría duda alguna que despejar, ya que ésta habría sido resuelta.

Es sólo si subsistiese la duda después de haber aplicado dichos principios interpretativos, que debemos llegar a la conclusión (en virtud del artículo 1171) de que se trata de una obligación facultativa y no de una alternativa.

La segunda reflexión está vinculada al arraigado principio —proveniente del Derecho Romano— de que en situaciones de duda, como la planteada por el artículo 1171 del Código Civil, debe optarse legalmente por favorecer al deudor y no al acreedor. En nuestra opinión, no estamos en un mundo en el cual, en la gran mayoría de contratos, el acreedor sea la parte fuerte de la relación obligacional, mientras que el deudor sea la parte más débil. Pensamos concretamente en los múltiples contratos celebrados por adhesión, en los cuales los acreedores de los bienes o servicios son simples ciudadanos, mientras que los deudores son grandes empresas, que en muchos casos constituyen monopolios u oligopolios en el mercado.

Esto simplemente a manera de reflexión, ya que el precepto del Código Civil se justifica, sin embargo, porque había que encontrar una salida ante la duda insoluble, vale decir, ante aquella que subsistiera luego de haber aplicado a la obligación todas las normas y criterios interpretativos (ya sea de los actos jurídicos o de la ley).

Sin embargo, hoy tenemos dudas sobre las bondades de la solución adoptada por el Código Civil en el artículo 1171, bajo comentario. Decimos esto, pues en el supuesto de encontrarnos frente a una duda insoluble en torno a si una obligación es alternativa o facultativa, ocurrirá —entre otros conceptos— que no resultará clara la existencia de una prestación principal y de otra accesoria.

Ello, porque si fuera clara la situación, no habría duda alguna y la obligación debería haber sido calificada como facultativa.

Pero si existe esa duda insoluble, entonces no se sabrá cuál de las dos prestaciones es la principal y cuál es la accesoria. Es más, no se sabrá siquiera si existe una prestación principal o si las dos tienen similar jerarquía jurídica (si las dos son principales).

Dentro de tal orden de ideas, en la duda insoluble, al aplicar lo dispuesto por el artículo 1171 del Código Civil y considerar a la obligación como facultativa, nos encontraríamos en la necesidad de calificar a una de las dos prestaciones como principal y a la otra como accesoria, que es, precisamente, lo que no se pudo hacer antes y lo que motivó —al encontrarnos en un supuesto de duda insoluble— la aplicación del artículo 1171 del Código Civil.

Por lo expuesto, hoy consideramos que la solución del referido precepto debió de ser que en caso de duda sobre si la obligación es alternativa o facultativa, se le tenga por alternativa.

# OBLIGACIONES CON PLURALIDAD DE SUJETOS

## 1. CONSIDERACIONES GENERALES

Debemos recordar que los criterios clasificatorios de obligaciones divisibles, indivisibles, mancomunadas y solidarias responden a la existencia de obligaciones con pluralidad de sujetos, ya sea de deudores, de acreedores, o de ambos.

Así, estamos en presencia de una obligación con sujeto plural en los siguientes casos:

- Cuando hay dos o más deudores y dos o más acreedores.
- Cuando hay un solo deudor y dos o más acreedores.
- Cuando hay dos o más deudores y un solo acreedor.

Al tratar sobre las obligaciones divisibles e indivisibles y las obligaciones mancomunadas y solidarias, el legislador de 1984 ha optado —al igual que el legislador de 1936— por el sistema acogido por Códigos importantes del siglo XX, entre ellos el Código Civil Italiano de 1942.

Las consecuencias jurídicas generadas por las obligaciones divisibles y las obligaciones mancomunadas son idénticas; ambas siguen el principio de la división de los créditos o, en su caso, de la división de las deudas. Sin embargo, puesto que tienen origen distinto —las primeras se determinan por la naturaleza de la prestación; las segundas, por la forma de obligarse— y están estrechamente vinculadas a

las obligaciones indivisibles y solidarias respectivamente, se legislan en forma separada.

Las consecuencias jurídicas de la indivisibilidad y de la solidaridad —a diferencia de la divisibilidad y mancomunidad— no coinciden necesariamente. Entre la indivisibilidad y la solidaridad, como se señala en la Exposición de Motivos del Proyecto del Libro V del Código Civil de 1936, sólo existe afinidad. Ambas pueden nacer de la ley, aunque la indivisibilidad, al igual que la solidaridad, puede también nacer del pacto. En cualquier caso, cabe señalar que la naturaleza jurídica de la indivisibilidad está vinculada necesariamente a la naturaleza jurídica de la prestación, mientras que la solidaridad está vinculada, también necesariamente, a la forma en que queden obligados los codeudores o coacreedores en la relación correspondiente.

En la obligación indivisible existe prestación única —con pluralidad de sujetos activos o pasivos— que debe cumplirse en solución única. En tales obligaciones prevalece un solo derecho de crédito y, correlativamente, una sola deuda. En la solidaridad existe unidad de prestación —al igual que en la indivisibilidad—, pero, con idéntico contenido, hay pluralidad de derechos de crédito o de deudas, según se trate de la solidaridad activa o de la solidaridad pasiva. Ésta es la doctrina de Enneccerus y del Código Civil Italiano de 1942, seguida por tratadistas tan eminentes como Barassi y Messineo.

Basado en esta doctrina, el Código Civil Peruano de 1984 desecha las soluciones de algunos Códigos o Proyectos más recientes —como el Código Civil Ruso de 1964 o el Proyecto Holandés de 1974— que identifican las consecuencias jurídicas de la indivisibilidad y de la solidaridad. El Código tampoco se ciñe a otras soluciones legislativas, como la del artículo 1917 del Código Civil de Etiopía, redactado por juristas franceses, que establece que las reglas de las obligaciones solidarias son aplicables por analogía cuando la obligación es indivisible. La analogía puede ser difícil de determinar, pues ella depende de la naturaleza jurídica atribuida a dichas instituciones.

El Código adopta, más bien, la legislación civil italiana como modelo; pero deja de lado la incertidumbre que puede originar el artículo 1317 de ese Código, cuando establece que las obligaciones indivisibles se regulan por las normas de las obligaciones solidarias, en cuanto les

fueren aplicables, salvo lo dispuesto por los artículos allí señalados. El primer párrafo del artículo 1181 del Código Civil Peruano establece un precepto similar, pero aclara cuáles son las reglas de las obligaciones solidarias aplicables a las obligaciones indivisibles. Queda entendido, desde luego, que las situaciones jurídicas no previstas por el Código tendrían que resolverse de acuerdo con la naturaleza atribuida a la indivisibilidad o, en su caso, a la solidaridad.

Lo expresado determina que en la obligación indivisible no sea uno solo de los acreedores dueño único del crédito, y que si la ley lo autoriza a recibirlo en su totalidad, esto ocurre por la naturaleza de la prestación debida. En la obligación solidaria, por el contrario, cada acreedor es dueño del íntegro del crédito.

Planteado el problema a la inversa: en la obligación indivisible no debería uno solo de los deudores estar obligado por el íntegro; si lo está, ello obedece a la naturaleza de la prestación debida; en la obligación solidaria, cada deudor responde por el íntegro, aun cuando la prestación debida sea susceptible de dividirse.

La coincidencia de consecuencias jurídicas que suele presentarse entre las obligaciones de ambas clases obedece a que en la solidaridad, no obstante existir pluralidad de derechos de crédito o de deudas, los efectos respecto a uno de los coacreedores o a uno de los codeudores, frecuentemente alcanzan a los demás, en virtud del sistema de la representación —acogido por el Código Civil Francés—, por razones de unidad del fin de la prestación o como simple solución legislativa, por convenir a la colectividad, ya que la ley debe procurar el cumplimiento de las obligaciones y asegurar a los acreedores la suficiente garantía de sus deudores.

No obstante, se observan en el Código importantes diferencias en cuanto a las obligaciones de ambas categorías.

Así, en el artículo 1176, relativo a las obligaciones indivisibles, se exige que el pago se efectúe a todos los acreedores o a alguno de ellos bajo garantía, por existir un solo derecho de crédito o deuda. En cambio, el artículo 1185, referente a las obligaciones solidarias, establece que el deudor puede pagar a cualquiera de los acreedores, eliminándose el principio de la prevención, consagrado por el artículo 1212 del Código Civil de 1936. La posibilidad de pagar a cualquiera de los acreedores,

prescindiéndose de la garantía, obedece al idéntico contenido de la pluralidad de derechos de crédito o de deudas.

La indivisibilidad, conforme al artículo 1177, también opera respecto a los herederos. No ocurre lo mismo con la solidaridad. Ésta, de acuerdo con el artículo 1187, no se transmite a los herederos, pero éste es un tema mucho más complejo, que trataremos en su oportunidad.

Las soluciones de los artículos 1178 y 1179, respecto a la extinción de la obligación indivisible por medios distintos al pago, son diferentes a las previstas para las obligaciones solidarias por los artículos 1190 y 1191.

Finalmente, el artículo 1180 sólo exige a los codeudores de una obligación indivisible no ejecutada, pero que hubiesen estado dispuestos a cumplir, que contribuyan a la indemnización con la porción del valor de la prestación que les correspondía. La solución del artículo 1195, referente a las obligaciones solidarias, es distinta. En estos casos cada codeudor solidario responde por el íntegro del valor de la prestación debida, aun cuando no hubiera incurrido en culpa.

Expresados estos conceptos preliminares, conviene hacer referencia a ciertas nociones adicionales que no dejan de ser necesarias en cuestión tan compleja como la que se está comentando.

Las cuatro categorías de obligaciones citadas sólo se presentan cuando existe pluralidad de acreedores o de deudores. Si ello no ocurre, es decir, si los sujetos de la relación jurídica son un solo acreedor y un solo deudor, las reglas enunciadas no tienen cabida. En estos casos, y salvo pacto en contrario, el deudor está obligado a cumplir el íntegro de la prestación y, correlativamente, el acreedor puede exigir el cumplimiento total. Aquí prevalece el principio de la indivisibilidad, consignado en el Código en una norma relativa al pago (artículo 1220). En ausencia de pluralidad de sujetos, no entra en juego la doctrina de la mancomunidad o solidaridad.

Como se ha indicado, la obligación donde se conjugan las características de la divisibilidad y mancomunidad sigue siempre el principio de la división del crédito o de la deuda, puesto que sus consecuencias jurídicas son idénticas. Ésta es la obligación menos severa para los codeudores: cada uno responde tan sólo por su parte en la deuda y, a su vez, cada coacreedor sólo puede exigir a cada codeudor la parte en el crédito que le corresponda.

Cuando la obligación es indivisible y mancomunada, lo primero impide la división de la deuda y del crédito. Se aplicarán, por tanto, las reglas de la indivisibilidad.

En la obligación divisible y solidaria, el pacto de solidaridad o, en su caso, el precepto legal, evita la división. A las obligaciones de esta clase se aplicarán las normas de la solidaridad.

La obligación indivisible y solidaria, finalmente, impide la división, por la naturaleza de la prestación y porque las partes quedaron obligadas por el íntegro. Ésta es la obligación más severa para los codeudores. Como contrapartida, aquí los acreedores obtienen la más eficaz garantía personal. Se aplicarán, en estos casos, las normas de la solidaridad, y las propias de la indivisión en lo que respecta a los herederos del acreedor o del deudor, según lo previsto por el segundo párrafo del artículo 1181 del Código Civil. Existen en la práctica, sin embargo, algunos otros preceptos de las obligaciones indivisibles cuya aplicación se impone, tal como será expuesto en su oportunidad. En efecto, aquí el Código, en opinión nuestra, incurre en una inexactitud, pues a las obligaciones indivisibles, por su naturaleza, no se le pueden atribuir todas las reglas de la solidaridad a las que alude el citado artículo 1181, segundo párrafo, del Código Civil, no obstante que se trata de obligaciones que también son solidarias.

Un último concepto: la divisibilidad o indivisibilidad de una prestación se determina por sus características naturales y no por abstracciones intelectuales. La obligación es indivisible cuando la prestación no puede cumplirse en forma parcial, porque así lo deciden su naturaleza, el pacto o la ley. Intelectualmente toda prestación es susceptible de dividirse. Esto explica que en el ámbito de los derechos reales sea posible enajenar o gravar acciones y derechos de prestaciones que son por naturaleza, y aun por esencia, indivisibles. En el principio obligacional sólo interesa apreciar la prestación desde el punto de vista físico o natural, pues lo que se legisla en las obligaciones de dar es la entrega de un bien; en las de hacer, la ejecución de un hecho; y en las de no hacer, una abstención. La determinación de la divisibilidad o indivisibilidad surge de una cualidad real y no intelectual. Todo es susceptible de división intelectual sin destruir, deteriorar o hacer imposible la prestación.

Cabe observar que la apreciación de una obligación divisible o indivisible puede ser en algunos casos simple, pero en otros revestir

gran complejidad. Cuando la prestación recae sobre cuerpo cierto, que constituye unidad, y cuya división ocasionaría su deterioro irremediable o destrucción o perecimiento, es evidente que la obligación tiene la naturaleza de indivisible; su cumplimiento parcial está descartado. Lo propio ocurre cuando la indivisibilidad se atribuye por pacto o por mandato de la ley. La apreciación es difícil si se trata de juzgar la divisibilidad o indivisibilidad en obligaciones de dar en las que existen, además de pluralidad de sujetos, pluralidad de prestaciones, por ejemplo de bienes inciertos, y donde el número de éstos no coincide con el de aquéllos. La decisión también puede ser particularmente difícil en determinadas obligaciones de hacer y de no hacer, aunque las obligaciones de estas categorías tengan generalmente la calidad de indivisibles.

Reiteramos que para referirnos a las obligaciones divisibles e indivisibles, debemos señalar que resulta premisa fundamental de las mismas la existencia de pluralidad de acreedores o deudores, pues de lo contrario, vale decir, si existiese un solo deudor frente a un solo acreedor, y al tener dicho deudor la obligación de ejecutar íntegramente en favor de su acreedor la prestación a su cargo, no ingresa el supuesto de la división de la prestación.

Ahora bien, cuando concurren pluralidad de deudores o acreedores en una obligación, será necesario comprobar si se trata de una prestación susceptible de cumplimiento fraccionado por los deudores respecto del acreedor o acreedores de la misma.

Con relación a si la divisibilidad o indivisibilidad determina que la obligación debida tenga unidad o pluralidad de vínculos, debemos señalar que las obligaciones divisibles e indivisibles se caracterizan, precisamente, por ser obligaciones con pluralidad de sujetos y con la probabilidad de unidad o pluralidad de objeto.

Nos explicamos. Cuando se habla de obligaciones divisibles o indivisibles, estamos en presencia del primer criterio clasificatorio de las obligaciones con pluralidad de sujetos. Sin embargo, el que una obligación tenga pluralidad de sujetos y sea divisible o indivisible, no es impedimento para que también pueda ser una obligación de objeto único o una de objeto plural (pluralidad de prestaciones). Así, podríamos estar en presencia de una obligación divisible o ante una indivisible, que a la vez sea de prestaciones conjuntivas, alternativas o facultativas.

La posibilidad de ejecución fraccionada se determinará si es que la naturaleza de la misma lo permite, si la ley no lo prohíbe o si el modo en que fue pactado su cumplimiento faculta a que ello se ejecute. De ser así, estaremos ante una obligación de prestación divisible.

Vamos a citar algunos ejemplos al respecto.

Si existe un deudor que se ha obligado frente a sus tres acreedores a la entrega de 30 toneladas métricas de arroz, es plenamente factible, en virtud de la naturaleza divisible de las 30 toneladas de arroz, que dicho deudor ejecute fraccionadamente su prestación, vale decir, que entregue a cada acreedor una cantidad determinada de arroz (que en caso de no haber pacto al respecto deberá ser proporcional al número de acreedores).

Si se tratase de una obligación en la cual el deudor se hubiese obligado a entregar a sus dos acreedores un vehículo determinado, dicho deudor deberá cumplir su prestación de manera indivisible, ya que así lo ordena la naturaleza de la prestación (un vehículo no puede dividirse para ejecutar la prestación, pues se destruiría) y la forma en que se pactó. Sería imposible (salvo que estemos hablando de finalidades muy particulares e inusuales) que el deudor entregue medio vehículo a cada uno de sus acreedores, contrariamente a lo que ocurre en nuestro primer ejemplo, respecto al arroz.

En el segundo caso se tratará, sin duda, de una prestación indivisible por su naturaleza y por la forma como se ha constituido la obligación.

Pero vamos a citar un ejemplo en el cual la obligación podría ser susceptible de cumplimiento fraccionado por su naturaleza, mas no por la forma como ha sido constituida.

Sería el caso de un deudor que se hubiese obligado a entregar dos vehículos idénticos a sus tres acreedores. Nadie duda de que los dos vehículos son divisibles (uno y uno), pero, por otro lado, la manera como han constituido la obligación hace que resulte imposible la entrega de los dos vehículos a los tres acreedores por separado, ya que dos vehículos no son divisibles entre tres acreedores; el deudor no podría entregar una tercera parte de dos vehículos, ni dos terceras partes de un vehículo, a cada acreedor, a diferencia del deudor de nuestro primer ejemplo, en el caso del arroz.

Debemos señalar, además, que cabe la situación en la cual la prestación sea divisible por naturaleza, como en el ejemplo del deudor de las 30 toneladas métricas de arroz, pero que dicho deudor y sus acreedores hayan pactado que la prestación (lo reiteramos, divisible por naturaleza) se convierta en indivisible. En este supuesto, el convenio habrá destruido la divisibilidad natural de la prestación, y el deudor deberá ejecutarla íntegramente y no de manera fraccionada entre los acreedores, no porque la naturaleza de la prestación se lo impida, sino por la existencia del pacto.

En el caso de las obligaciones mancomunadas y en el de las solidarias, no resulta fundamental la naturaleza de la prestación (en el sentido de si resulta o no divisible), sino la manera en que las partes —acreedor(es) y deudor(es)— han pactado su cumplimiento y se han obligado entre sí y respecto de la otra parte.

En tal sentido, una obligación en la cual exista pluralidad de acreedores o deudores será mancomunada, a menos que se pacte lo contrario, esto es la solidaridad, de manera expresa (artículo 1183). Vale decir que si no existe solidaridad la prestación a cargo de los deudores será susceptible de cumplimiento fraccionado respecto de los acreedores, y la exigibilidad de la misma por parte de éstos a aquéllos también lo será, respondiendo cada deudor frente a cada acreedor por su fracción correspondiente en el cumplimiento total de la prestación, y pudiendo exigir cada acreedor a cada deudor sólo su participación en el total de la prestación. Es pertinente recordar que también podrá darse la solidaridad por mandato de la ley. Es el caso de los comodatarios (artículo 1752) o de la responsabilidad civil extracontractual (artículo 1983), sólo por citar dos ejemplos al respecto.

Naturalmente la situación prevista para la mancomunidad sólo operará si la prestación resultase divisible por naturaleza o pacto. En ningún caso si ella es indivisible.

Antes de finalizar estas palabras introductorias, consideramos conveniente aclarar que aunque alguien pudiera pensar, como consecuencia de los desarrollos conceptuales antedichos, que la directa relación entre las obligaciones divisibles e indivisibles y las mancomunadas y solidarias, determine que se trate de conceptos similares pero con diferente nomenclatura, ello sería errado.

Si bien las consecuencias de las obligaciones divisibles son idénticas a las de las mancomunadas y las de las indivisibles se asemejan a las de las solidarias, unas y otras están referidas a elementos distintos y recaen sobre consideraciones disímiles, de modo tal que son conceptualmente términos diferentes unos de otros, independientemente de la similitud de sus consecuencias.

Sin perjuicio de lo anterior, y como el lector ya ha percibido de lo expuesto, debemos afirmar que los conceptos de divisibilidad e indivisibilidad, por una parte, y los de mancomunidad y solidaridad, por otra, no resultan incompatibles, sino que, por el contrario, son perfectamente complementarios.

En tal sentido, señalamos que la obligación en los supuestos que hemos analizado es necesariamente:

(a) Divisible y mancomunada; o

(b) Divisible y solidaria; o

(c) Indivisible y mancomunada; o

(d) Indivisible y solidaria.

Consideramos que las obligaciones divisibles y mancomunadas no presentan mayores complicaciones, para hallar —de manera muy sencilla— solución a los problemas que planteen.

En tal sentido, el Código Civil rige con unas pocas normas a las obligaciones divisibles y a las mancomunadas. En cambio, justamente por ser situaciones complejas, otorga una frondosa regulación a las obligaciones indivisibles y a las solidarias.

Advertimos también que prácticamente todas las normas de las obligaciones indivisibles y solidarias son opuestas a los principios que el propio Código establece para las obligaciones divisibles y mancomunadas.

Como hemos señalado, si se tratase de obligaciones divisibles y mancomunadas, a la vez, se aplicarán las reglas de las obligaciones divisibles, ya que en virtud de lo dispuesto por el artículo 1182, el tratamiento para ambas es exactamente el mismo.

Por esta razón, si la obligación fuese indivisible y mancomunada, se aplicarían, en todos los casos, las reglas de la indivisibilidad, ya

que en la práctica concurrirían en dicha obligación las normas de las obligaciones divisibles (por ser de aplicación a las mancomunadas) y las normas de las obligaciones indivisibles. Ante esta situación, podría decirse que la indivisibilidad destruye a la divisibilidad. Es tal el sustento de la solución que antes hemos planteado.

De otro lado, si estuviésemos ante una obligación que fuese a la vez divisible y solidaria, tendríamos que resolver el problema con el siguiente razonamiento: Las obligaciones solidarias tienen normas propias en el Código Civil. Las obligaciones divisibles también las tienen. Las normas de las obligaciones divisibles se aplican a las obligaciones mancomunadas. Esto quiere decir que la ley peruana (el Código Civil) asigna idénticas consecuencias a las obligaciones divisibles y a las mancomunadas. Si estas consecuencias son idénticas, ello significa que es lo mismo —para efectos prácticos solamente— que una obligación sea mancomunada o divisible, ya que los preceptos a aplicar son exactamente los mismos. Entonces, si estamos en presencia de una obligación solidaria y divisible, es como si estuviésemos en presencia del conflicto entre las reglas de las obligaciones mancomunadas y las solidarias. Por esta razón, tendríamos que resolver tal conflicto de la misma manera que antes lo hicimos, esto es, aplicando las reglas de la lógica. Y de acuerdo con principios lógicos elementales, a una obligación de estas características tendríamos que aplicar las normas de las obligaciones solidarias.

Finalmente, si la obligación es indivisible y solidaria, prevalecen, según el artículo 1181 del Código Civil, los preceptos sobre la solidaridad, ya que son estas normas las que se aplicarían, con excepción de lo previsto por el artículo 1177 de dicho Código; ello, con las salvedades que efectuamos más adelante al comentar el artículo 1181.

## Título V

# OBLIGACIONES DIVISIBLES E INDIVISIBLES

## 1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Toda obra de Derecho de Obligaciones, si en algo coincide con cualquier otra de su género, es en hacer referencia a quien trató de resolver por primera vez de manera orgánica el tema de la indivisibilidad y la divisibilidad en las obligaciones. La nuestra no será la excepción. Se trata del famoso Carolas Molinaeus, nombre original de quien es más conocido como Charles Dumoulin.

Dumoulin escribió en el siglo XVI una obra titulada *Extricatio labyrinthi dividui et individui* («Desenredo del laberinto de lo diviso e indiviso»), por la cual se le conoce y que le deparó la fama y notoriedad que ostenta hoy. Dumoulin, parisino de nacimiento, vivió entre los años 1500 y 1566; fue, junto a Michel de Montaigne, François Rebelais, Pierre de Ronsard, Joaquim Du Bellay, Jacob Cujas (Cujacius), Denis Godefroy y Ambroise Paré, uno de los personajes que iluminó la cultura francesa de dicho siglo.

Dumoulin es considerado como el primer intérprete del Derecho Francés, siendo llamado en su época «El Príncipe de los Jurisconsultos». Enemigo del feudalismo, contribuyó a la unidad del Derecho Civil Francés. Estuvo vinculado a los conflictos religiosos de su tiempo, habiendo abrazado el Calvinismo y publicado violentos escritos contra Roma («Dictamen sobre el hecho del Concilio de Trento»); fue perseguido y debió abandonar Francia, dedicándose a la enseñanza del Derecho en las ciudades germánicas. Sus obras más importantes son: *Commentariorum*

*in consuetudines parisienses* o «Comentarios sobre las costumbres parisinas» (París, 1547) y *Extricatio labyrinthi dividui et individui*. Se publicaron ediciones completas de sus obras, en los lugares y fechas que se indican a continuación: París, 1612 (4 volúmenes); París, 1657 (4 volúmenes); y París, 1681 (5 volúmenes).

Las obras escritas por Dumoulin le han dado el privilegio de ser considerado como aquél que dio el primer paso importante hacia la posterior unificación del Derecho Francés, recién conseguida con el Código Napoléon en 1803 y 1804, tras los posteriores trabajos de otros dos grandes jurisconsultos pre-napoleónicos, que fueron Domat y Pothier.[85]

Entender la obra de Dumoulin no es nada fácil. Ya el título mismo de la obra de Dumoulin, a criterio de Demolombe,[86] no era nada alentador, menos aún el exordio o principio de la misma, que decía lo siguiente: «*Non fuit nec adhuc est, in universo juris oceano, turbulentior, profundior et periculosior pelagus hoc dividuorum tractatus*» («No hubo ni hay en la universalidad del océano del Derecho, aguas más turbulentas, profundas y peligrosas que la inmensidad de lo divisible e indivisible»). Toullier, jurista francés de época posterior a Dumoulin, llega a expresar el deseo de que la doctrina de Dumoulin, a la que él llama recóndita, sea rechazada en las leyes. El rechazo de Toullier demostraba —sin duda— temor a lo desconocido.

Demolombe[87] sostiene que el tema de la divisibilidad y de la indivisibilidad para muchos autores resulta temible, pudiéndose hablar incluso de los que él denomina «temores universales». Muy pocos comprendieron a Dumoulin, de quien se puede decir que su fama es tan grande como el respeto que suscitaron sus ideas. Demolombe decía de la obra fundamental de Dumoulin, que no sabía qué era lo que se debía admirar más, si su vasta erudición y la penetrante sagacidad de su lógica, o la prodigiosa paciencia que le faltó para culminarla, y

---

85 Sobre Dumoulin, puede consultarse la Enciclopedia Espasa, tomo XVIII, Segunda Parte, p. 2469 —citada por Eduardo B. Busso— y el tomo I de Índices Generales de la Enciclopedia Barsa, p. 171, segunda columna, además del tomo VIII, p. 224, segunda columna.

86 DEMOLOMBE, C. *Traité des Contrats ou des'Obligations Convenio - nelles en Général,1880*, tomo XXVI, p. 438.

87 DEMOLOMBE, C. *Op. cit.*, tomo XXVI, pp. 438 y ss.

que no tiene igual; se atreve a decir que admira más la paciencia de Dumoulin para escribir el libro que la del propio Demolombe, para leerlo. A entender suyo, Dumoulin exageró la especie de destierro que aporta en sus deducciones, con las innumerables citas de su Tratado, y buscando conciliar los textos romanos que parecen contradecirse entre sí. Demolombe cree, excusando su irreverencia, que la dificultad del tema se debe a la propia obra de Dumoulin, al crear un laberinto en el que es muy difícil reconocerse, a pesar de las diez claves y tres hilos que indica al lector para guiarlo en sus infinitos recovecos (*...et tria veluti thesaei fila*).[88]

Para entender a Dumoulin, hemos recurrido a aquellos autores más connotados sobre la materia. Naturalmente, nos referimos en primer lugar a Pothier (1699-1772, natural de Orleáns), el más renombrado de los juristas en su país durante el siglo XVIII, cuyas numerosas obras sobre el Derecho Civil facilitaron la labor de los redactores del Código Napoléon. Pothier no hizo —a este respecto— sino reproducir la teoría de Dumoulin, resumiéndola, en tanto que los redactores del Código Napoléon se limitaron a tomar las disposiciones que Pothier formuló

---

88 En la leyenda ateniense, Teseo es el hijo de Egeo, rey de Atenas. Su madre fue Etra, hija del rey de Trezene. Antes de que naciera, su padre escondió una espada y unas sandalias bajo una enorme piedra, y le dijo a Etra que si daba a luz un hijo capaz de levantar la piedra y hacerse de los regalos, lo mandaría secretamente a Atenas.

Cuando Teseo creció pudo levantar la roca fácilmente, y con la espada y sandalias se encaminó hacia Atenas. Poco después de encontrarse en dicha ciudad, Medea, que se había desposado con Egeo, se dio cuenta del origen de Teseo y trató de envenenarlo. Al desenvainar Teseo su espada, Egeo lo reconoció y lo proclamó como su hijo y sucesor.

Anualmente Atenas pagaba un tributo de siete jóvenes y siete doncellas al rey Minos, de Creta, que se entregaban al Minotauro, monstruo mitad toro mitad hombre que vivía en el laberinto —un edificio de torcidos corredores y desordenados pasillos—. Teseo ofreció embarcarse con las víctimas y exterminar al Minotauro. Las velas negras del barco serían cambiadas por unas de color blanco si salía victorioso.

Al ver a Teseo, la hija de Minos, Ariadna, se enamoró de él. Le regaló una madeja de hilo que debería emplear para escapar del laberinto. Teseo dio muerte al monstruo y logró regresar por los sinuosos pasillos siguiendo el hilo. Se dirigió hacia Atenas, pero olvidó arriar las velas y cambiarlas por blancas. Egeo, creyendo que su hijo había muerto, se arrojó al mar, que luego se llamó Mar Egeo (ENCICLOPEDIA BARSA, voz Teseo, tomo XIV, pp. 177b y 178a).

Dumoulin, al comienzo de su famosa obra comparaba expresamente los hilos a los que hacía mención para el desenredo del laberinto de lo diviso o indiviso, con aquéllos que Ariadna facilitó a Teseo para escapar del laberinto donde se encontraba el monstruo.

sobre esta materia; lo que equivale a decir que el Código Francés recogió legislativamente los planteamientos de Dumoulin sobre el tema.

En ese sentido, Demolombe[89] recuerda que Toullier hizo una observación muy pertinente: «Se puede dudar, que un hombre que no conozca ni el tratado de Pothier, ni el de Dumoulin, pueda llegar a entender los artículos del Código sobre las obligaciones divisibles o indivisibles; por lo menos, no se teme afirmar que llegará a entenderlos sólo con mucho esfuerzo y trabajo, pues ya se requiere mucho para tal efecto, aun con la ayuda de Pothier y de Dumoulin»; agrega Toullier que la explicación que él brinda sobre este tema en los artículos del Código Francés sólo será, en muchos puntos, la reproducción de la antigua doctrina; añade que los ejemplos citados para dilucidar esta materia tan abstracta, en su mayoría los tomará de «estos grandes maestros, que —en efecto— escogieron excelentes ejemplos [...]»; lo que prueba, a decir de Demolombe, que ni el mismo Toullier entendía sobre lo que estaba escribiendo.

François Laurent[90] trata de explicar por qué Dumoulin decía en su famosa monografía que consideraba a la materia de las obligaciones indivisibles como a un laberinto en el que se debía buscar la clave. A entender de Laurent, en el Digesto hay textos confusos o contradictorios que Dumoulin trata de conciliar para deducir de esto algunas normas, creyendo haber tenido éxito en su empresa, lo que, a entender de Duranton, demuestra que consideraba indispensable consultar para estos efectos a los textos romanos, habiendo preferido que Dumoulin hubiese consultado su profunda lógica, en lugar de haber entrado en tantas complicaciones.

Para Laurent, toda la labor de Dumoulin fue inútil, empezando por el hecho de que la teoría que él creía era la de los jurisconsultos romanos, no era la teoría romana. El problema continuó al haber tomado Pothier a la letra las explicaciones, los razonamientos y las conclusiones de Dumoulin, sin haber siquiera investigado las pretendidas normas tomadas del Derecho Romano. El problema se agudizó cuando los autores del Código Civil Francés hicieron lo mismo, limitándose a presentar en artículo las enseñanzas de Pothier; por lo que Toullier llega a afirmar

---

89 DEMOLOMBE, C. *Op. cit.*, tomo XXVI, p. 441.

90 LAURENT, François. *Op. cit.*, tomo XVII, pp. 367 y ss.

que la teoría de Dumoulin, reproducida por el legislador francés, es abstrusa e ininteligible.

Para Baudry-Lacantinerie,[91] de todas las materias jurídicas, la de la divisibilidad y de la indivisibilidad pasó siempre, sin razón, como una de las más difíciles y más oscuras. Tal fue la idea de Dumoulin, en cuyo laberinto —a entender de Baudry-Lacantinerie—, el lector se perdía con facilidad. Así, doscientos años más tarde, Pothier llegó a hacer un poco más accesible esta materia, resumiendo en algunas páginas el voluminoso tratado de Dumoulin, que llegó, por ese medio, al Código Napoléon.

La interpretación, criticada posteriormente por muchos, que Pothier hizo del «Desenredo del laberinto de lo diviso e indiviso», de Dumoulin, fue la que pasamos a explicar a continuación.

Pothier[92] consideró que la indivisibilidad absoluta, que Dumoulin llama *individuum contractu,* ocurre cuando una cosa, por su naturaleza, no es susceptible de partirse, de un modo tal, que no podría ser estipulada o prometida por partes; tales son los derechos de servidumbres reales, como por ejemplo, un derecho de paso; agrega que es imposible concebir partes en un derecho de paso, y, por consiguiente, no se podría estipular ni prometer tales cosas en parte.

Recuerda Pothier que la segunda indivisibilidad es la que Dumoulin llama *individuum obligatione,* de ahí que todo lo que es *individuum contractu* lo es *obligatione:* mas hay ciertas cosas que, aunque hubiesen podido ser en absoluto estipuladas o prometidas en parte, y por consiguiente, aunque no sean *individuum contractu,* sin embargo, en la manera, en el modo como han sido consideradas por las partes contratantes, tienen algún aspecto o rasgo de indivisibles, lo que hace que no puedan ser debidas por partes.

Cita Pothier como ejemplo de esta indivisibilidad, la obligación de la construcción de una casa o de un barco, no siendo esta obligación indivisible *contractu,* pues no es posible que se contrate en parte; añade que se puede convenir con un albañil en que levantará en parte la casa que deseo hacer construir, precisándole que no elevará los muros más

---

91 BAUDRY-LACANTINERIE, G. *Op. cit.,* tomo II, p. 134.

92 POTHIER, Robert Joseph. *Op. cit.,* pp. 259 y 260.

que hasta el primer techo. Agrega Pothier que antes que la construcción de una casa sea indivisible *contractu*, es usualmente indivisible *obligatione*, pues cuando alguien celebra un contrato con un arquitecto para que le construya una casa, la construcción de la casa, que constituye el objeto de la obligación, es, por la manera como se ha considerado por las partes contratantes, algo indivisible.

Según Pothier, en esta construcción, el objeto de la obligación es la obra misma concluida; no puede, pues, haber casa sin que esté enteramente construida, ya que la forma y la cualidad de la casa no pueden resultar sino de la construcción de la obra, y no puede haber partes de una cosa que todavía no existe; de donde Pothier sigue que la obligación de construir una casa no puede cumplirse sino construyendo la casa entera, por lo que considera que esta obligación no es susceptible de cumplirse por partes, tal como lo sostiene Dumoulin.

A entender de Marcadé,[93] Dumoulin y Pothier eran demasiado complejos en varios pasajes de sus obras, y aunque frecuentemente su complejidad se haya referido a la naturaleza misma del sujeto, también proviene a veces de sutilezas e incluso de contradicciones —al menos aparentes—, relativas menos a la naturaleza del sujeto que a la multiplicidad de detalles inútiles o de ejemplos escogidos erróneamente, que ellos mismos presentaron. Agrega Marcadé que, dado este hecho, los intérpretes del Código Napoléon habrían debido hacer una abstracción de las ideas del trabajo de Dumoulin, para captar mejor y precisar con más claridad sus explicaciones, las mismas que dan una perfecta comprensión del articulado que al respecto tiene el Código Civil Francés.

Se lamenta Marcadé de que los intérpretes del Código Francés hayan hecho todo lo contrario, ya que desalentados por las dificultades que presentaron Dumoulin y Pothier, y tomando literalmente una redacción poco exacta en algunas partes para el texto del Código, llegaron a descubrir que eran ininteligibles no sólo algunos detalles de las obras de los autores mencionados, sino también las normas fundamentales de la materia; lo que llevó a Toullier a declarar honestamente que no

---

93 MARCADÉ, V. *Explication Théorique et Pratique du Code Napoléon*. París: Librairie de Jurisprudence De Cotillon, rue Des Grés, 16, près de L'École de Droit, 1852, tomo IV, pp. 513 y ss.

pudo hacerse una idea clara de las obligaciones indivisibles y de su naturaleza.

Precisa Marcadé que, sin confesarlo, Duranton está exactamente en el mismo caso, y aunque se expresa como si comprendiese muy bien los artículos del Código Civil Francés, presenta igualmente como ingresando una en la otra, las dos clases de obligaciones a las que hemos hecho referencia. En opinión de Marcadé, partiendo el Código Civil por efecto de la interpretación inexacta de sus exégetas, la dificultad de la materia se acentuó aún más de lo que era anteriormente. Por ello, Marcadé abrigaba la esperanza de que, suprimiendo los detalles inútiles a los que aludimos anteriormente, se lograra la comprensión del tema.

Según Marcadé, Dumoulin y Pothier distinguen tres especies de indivisibilidad, no obstante lo cual no distinguen tres clases de obligaciones indivisibles, sino sólo dos, considerando que la tercera especie de indivisibilidad implica únicamente el modo de ejecutar, y no impide que la obligación permanezca como divisible. La primera indivisibilidad se produce cuando el objeto de la obligación no es susceptible de ninguna especie de división, ni material, ni intelectual; en tanto la segunda se presenta cuando este objeto, aunque divisible en sí mismo, al menos intelectualmente, se encuentra indivisible desde el punto de vista en el que lo consideraron las partes contratantes; queda en último lugar, la indivisibilidad *solutione tantum*, que se produce cuando los deudores no pueden pagar parcialmente con el objeto, aunque quede completamente divisible y se divida efectivamente entre los acreedores, si hubiese varios. Precisa Marcadé que Dumoulin y Pothier llaman a la primera indivisibilidad *individum contractu* y algunas veces *natura* y califican a la segunda de *individum obligatione*. En opinión de Marcadé, el término *contractu* no es acertado para el primer caso, puesto que no es el comercio, sino la naturaleza misma del objeto, lo que hace que éste y por consiguiente la obligación, sean indivisibles, y que por otro lado los términos *contractu indivisible* no presentan una idea muy distinta de los términos *obligatione indivisible*.

Opina Marcadé que, por un lado, esta segunda expresión parece en sí poco común, pues, se pregunta, ¿cómo podría entenderse una obligación indivisible por la obligación misma?; considerando que sería más satisfactorio, más lógico y más certero, suprimir el término en la primera indivisibilidad, en la que se hace doble el término *natura*, y

sustituirlo en la segunda indivisibilidad por el término *obligatione*, que desaparecería por completo.

Así, Marcadé señala que se tendrían los siguientes tres tipos de indivisibilidad: la *individum natura*, que es la indivisibilidad de la obligación resultante de la naturaleza real del objeto. La segunda clase de indivisibilidad es la *individum contractu*, indivisibilidad de la obligación que resulta de la voluntad de las partes, es decir, de la naturaleza convencional que se dio al objeto. Por último, tendríamos la tercera clase de indivisibilidad, la *individum solutione tantum*, indivisibilidad que sólo implica la ejecución de la obligación y que deja al objeto y a la obligación su naturaleza divisible.

Lo que hace Marcadé es suprimir las sutilezas y detalles que él considera inútiles, al igual que los ejemplos muchas veces mal escogidos. Señala Marcadé que resulta fácil observar en diversos autores extensas discusiones sobre el tema de saber si tal o cual obligación particular es indivisible por su propia naturaleza, o si sólo es indivisible por el contrato. Agrega Marcadé que con frecuencia esta cuestión (que implica la de saber si tal objeto es o no divisible, intelectual o jurídicamente) es un punto de la metafísica, de lo más sutil, tanto así que se resolverá en tal o cual sentido, según el modo de cada uno de enfocar las cosas; siendo inútil examinar el tema desde esta perspectiva, puesto que las dos clases de obligaciones indivisibles producen los mismos efectos.

En cuanto a saber si tal o cual obligación es indivisible *contractu* o si por el contrario sólo presenta una simple indivisibilidad de pago, este tema sí ofrece interés y utilidad, dado que los efectos serán diferentes en uno u otro caso. Considera Marcadé que en tal sentido será necesario examinar cada una de las hipótesis multiplicadas que puedan presentarse, o, por el contrario, con la exposición clara de los principios de la materia, dejar a los jueces del caso, para cada asunto en particular, investigando las circunstancias y analizando si la intención de las partes fue simplemente excluir un pago parcial, o si verdaderamente han considerado al objeto como indivisible. Marcadé sostiene que suponiendo que fuese el primer sistema de gran utilidad, resultaría impracticable, pues su aplicación necesitaría un tratado especial de cuarenta volúmenes.

De lo señalado anteriormente, Marcadé entiende que es siempre en el objeto de la obligación donde se debe investigar si existe o no una

de las tres especies de indivisibilidad. Así, la obligación es indivisible cuando su objeto lo es por sí (*natura*), o cuando las partes consideraron al objeto como tal (*obligatione*, o mejor *contractu*), y finalmente hay indivisibilidad, no sólo del objeto, ni de la misma obligación, sino del cumplimiento de la misma, exclusivamente. De este modo, Marcadé concluye en que hay dos clases de obligaciones indivisibles, y una clase de obligaciones que, aunque divisibles, los deudores sólo pueden cumplir indivisiblemente.

A entender de Baudry-Lacantinerie,[94] para saber si una obligación es divisible o indivisible, hay que referirse a su objeto, pues la obligación es divisible, siempre y cuando no se oponga ninguna imposibilidad a que se pueda dividir su objeto, sea material o intelectualmente.

Para Baudry-Lacantinerie, la división material es una división real, física, que separa la cosa en varias partes distintas unas de otras, como se divide el vino contenido en un tonel poniéndolo en trescientas botellas; se divide una pradera en varias porciones cuya separación está marcada por los límites. En tal orden de ideas, considera que la división intelectual es la que se efectúa por una simple operación del pensamiento, no aplicándose solamente en las cosas susceptibles de división material; así, un molino no es divisible materialmente, pues todas las partes del molino no pueden funcionar unas sin las otras; sin embargo, es divisible intelectualmente, ya que a entender de Baudry-Lacantinerie, puede pertenecer a uno por un tercio y al otro por los dos tercios; los dos copropietarios pueden tener el derecho de servirse de éste alternativamente, el primero durante el día, el segundo durante dos días.

Baudry-Lacantinerie señala que Pothier, siguiendo a Dumoulin, distingue tres especies de indivisibilidad: la indivisibilidad absoluta, la indivisibilidad de la obligación y la indivisibilidad de pago. Así, recuerda que Pothier llama indivisibilidad absoluta a la que Dumoulin designa con el nombre de *individuum contractu* y que probablemente se le podría denominar mejor como *individuum natura*, resultando esta indivisibilidad de la naturaleza misma de la obligación, sin importar en este aspecto la voluntad de las partes y siendo la obligación de tal naturaleza que el pen-

---

94 BAUDRY-LACANTINERIE, G. *Op. cit.*, tomo II, pp. 134 y ss.

samiento no concebiría la posibilidad de una división en el cumplimiento de la prestación que tiene por objeto. Baudry-Lacantinerie cita como ejemplo: si usted se comprometió a establecer sobre su fundo una servidumbre de paso a mi favor, la obligación por la cual está comprometido conmigo es de indivisibilidad *natura* o *contractu*. Anota Baudry-Lacantinerie que lo mismo ocurre con la obligación de hacer o de no hacer un viaje determinado. Así, se realiza el viaje o no se realiza el viaje; y si sólo se hace una parte del viaje, no se cumple del todo con la obligación.

Opina Baudry-Lacantinerie que es a esta primera especie de indivisibilidad a la que hace alusión el artículo 1217 del Código Napoléon, cuando dice: «La obligación es divisible o indivisible según que tenga por objeto, o una cosa que en su entrega, o un hecho que en su ejecución, sea o no sea susceptible de división, bien material, bien intelectual». A entender de Baudry-Lacantinerie, sin embargo, tomándola literalmente, esta definición concuerda con la indivisibilidad *natura* o *contractu*, razón por la cual habría faltado sustituir, en lugar de las palabras: «una cosa que en su entrega o un hecho que en su ejecución», las siguientes: «una cosa o un hecho que por su naturaleza».

Recuerda Baudry-Lacantinerie que en la terminología de Dumoulin, la indivisibilidad de la obligación, *individuum obligatione*, es la que resulta de la voluntad de las partes, tratándose de una indivisibilidad convencional. En esta indivisibilidad, a entender de Baudry-Lacantinerie, el objeto de la obligación y, por consiguiente, la obligación misma, son divisibles por su naturaleza; sin embargo, las partes quisieron que la obligación fuese indivisible. Así, la obligación de entregar un terreno de cierta extensión es, en sí, perfectamente divisible, pero no obstante ello, la voluntad de los contratantes, expresa o tácita, puede hacerla indivisible.

El citado autor menciona como ejemplo, si usted me vendió un cierto número de metros de tierra, y en el contrato se especifica que este terreno está destinado a la construcción de una fábrica que debe tener una superficie igual a la del terreno vendido, ello demostraría que hemos considerado la prestación del terreno vendido como si no fuese susceptible de división, y por lo tanto, a la obligación misma como indivisible.

Agrega el más famoso de los exégetas del Código Napoléon, que ésta es una cuestión de intención que el juez del asunto dilucidará soberamente. Baudry-Lacantinerie señala que el artículo 1218 del Código Civil

Francés se refiere a la indivisibilidad de la obligación: «La obligación es indivisible, aunque la cosa o el hecho que constituyan su objeto sea divisible por naturaleza, si la relación en que se considera la obligación no la torna susceptible de cumplimiento parcial». Sin embargo —anota el mencionado autor—, la parte final de este texto parece confundir la indivisibilidad de la obligación con la indivisibilidad del pago, por lo que debería haber sustituido las palabras «susceptible de división» por las palabras «susceptible de ejecución parcial».

Comenta Baudry-Lacantinerie que la indivisibilidad de pago, a la que Dumoulin llamaba *individuum solutione tantum*, afecta sólo a la ejecución de la obligación y no a la obligación en sí. Así, si el objeto de la obligación es divisible, la obligación misma permanece divisible; solamente resulta «o de la naturaleza del compromiso, o de la cosa de la que hace su objeto, o del fin que se propone en el contrato, si la intención de los contratantes era que no se pudiera pagar parcialmente la deuda»; precisa que éstos son los términos del artículo 1221-5.

Nos dice el antiguo Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Burdeos que, de este modo, un condenado que sufre la coacción física por una deuda que proviene de un delito, estipula la cantidad necesaria para pagar a su acreedor y obtener así su libertad; ejemplo en el cual la prestación de solamente una parte de la cantidad prometida, no tendría utilidad para el estipulante, pues él necesita la cantidad total para alcanzar la meta que se propone; razón por la cual, se puede decir, sin temor a confusiones, que hay indivisibilidad de pago; y así, si el deudor muere dejando a varios herederos, se puede forzar a uno solo —si así se desea— a pagar el total.

En opinión de Giorgi,[95] la primera especie de indivisibilidad indicada por Dumoulin no es concebible en materia de obligaciones; y el haberla enumerado depende del ya anotado error de confundir el objeto inmediato de la obligación, es decir, la prestación, con el objeto de la prestación misma: el acto de constituir o transmitir una servidumbre con la servidumbre que se constituye o transmite.

A entender de Giorgi, las solas especies posibles de indivisibilidad son las que Dumoulin llama *obligatione* y *solutione*; precisando que la

---

95 GIORGI, Giorgio. *Op. cit.*, vol. I, pp. 219 y 220.

primera es casi la misma que él conocía y proponía como verdadera indivisibilidad del objeto; anota, además, que Dumoulin las restringe, con error, a las obligaciones. Agrega Giorgi que la segunda es una indivisibilidad imperfecta, porque afecta sólo a la parte del deudor: sus herederos no pueden pagar por partes, pero el acreedor no puede pedir la totalidad a uno solo de los coherederos, pues es preciso que se reclame a todos o se contente con reclamar separadamente su parte a cada uno, razón por la cual, el mismo Dumoulin las llamó *incongruitas solutionis*, antes que indivisibilidad.

Anota Giorgi que, no obstante los defectos apuntados, la teoría de Dumoulin fue en gran parte aceptada por Pothier, y bajo la autoridad del gran jurisconsulto de Orléans, encontró acogida en el Código Napoléon, en cuyo artículo 1217 los compiladores de aquel Código se preocuparon de la indivisibilidad absoluta, es decir, aquélla que Dumoulin llamaba *indivisibilita contractu*; y cayeron así en la inexactitud de presuponer una indivisibilidad que resulta inaplicable a la materia de las obligaciones, y de confundir el objeto mediato de la obligación, o sea la cosa, con el objeto inmediato de la obligación misma, es decir, con la prestación; añadiendo el ya observado error de igualar la indivisibilidad intelectual de la cosa debida, con la divisibilidad efectiva y real de los actos de constitución o transmisión de la cosa misma.

Recuerda Giorgi que los legisladores franceses, en el artículo 1218 del Código Napoléon, tuvieron sólo en cuenta la indivisibilidad *obligatione*, que es verdadera indivisibilidad del objeto y una de las varias formas con las que dicha indivisibilidad puede manifestase en las obligaciones; razón por la cual, en vez de pasar a definir la otra manera de indivisibilidad del objeto, pensaron en formular la regla de la divisibilidad y tratar también de sus excepciones.

Por último, señala Giorgi que siete fueron las excepciones a la divisibilidad verdaderamente enumeradas por los compiladores del Código Francés en el artículo 1221, si bien algunas figuran reunidas en el mismo párrafo; agrega que la primera y la tercera no podían llamarse tales, porque la una se refería a la acción hipotecaria, en todo diferente a la personal por el crédito, que nace de la obligación, y la otra a la hipótesis de una obligación alternativa, en la que una de las partes fuese verdaderamente indivisible; mientras que las restantes

tendían en sustancia a consagrar la *incongruitas solutionis* de Dumoulin respecto a varios herederos de un solo deudor. Precisa Giorgi que no obstante lo señalado, los legisladores franceses cambiaron radicalmente el concepto, en cuanto atribuyeron al acreedor el derecho de reclamar la totalidad a cada uno de los herederos del deudor, con lo que las excepciones a la divisibilidad, no fueron ya *solutione tantum,* sino *solutione et petitione.*

Marcel Planiol y Georges Ripert,[96] interpretando a Dumoulin, distinguen dos clases naturales de indivisibilidad, según el objeto debido sea indivisible de modo absoluto o relativo. En relación a la indivisibilidad absoluta, la encuentran cuando el objeto de la obligación es indivisible, sea cual fuere el aspecto en que se le considere, de suerte que no puede ser debido sin que la obligación sea indivisible. Refiriéndose a la indivisibilidad relativa, los autores citados expresan que se presenta cuando la cosa, considerada en su forma natural, es indivisible, aun cuando pueda concebirse su ejecución sucesiva y por fracciones.

Adicionalmente, Planiol y Ripert tratan de la indivisibilidad convencional, señalando que ésta se da cuando la cosa que constituye el objeto de la obligación es divisible en todo sentido, pero aun así las partes han querido que se cumpliera como si fuera indivisible. En opinión de los citados tratadistas, la indivisibilidad llamada «convencional», «accidental», *solutione tantum* o «de pago», no debiera existir, pues consideran que su finalidad es completar los efectos insuficientes de la solidaridad, ya que, con la indivisibilidad se impide la división de la deuda entre los herederos del deudor primitivo. Añaden Planiol y Ripert, que si la solidaridad incluyera este efecto, la indivisibilidad convencional carecería de toda justificación.

## 2. PRINCIPIO DE DIVISIBILIDAD

El texto del artículo 1172 es el siguiente:

*Artículo 1172.- «Si son varios los acreedores o los deudores de una prestación divisible y la obligación no es solidaria, cada uno de los*

---

96 PLANIOL, Marcel y Georges RIPERT. *Op. cit., Las Obligaciones*, Segunda Parte, tomo VII, pp. 413-416.

*acreedores sólo puede pedir la satisfacción de la parte del crédito que le corresponde, en tanto que cada uno de los deudores únicamente se encuentra obligado a pagar su parte de la deuda».*

Debe repararse en lo prescrito por el artículo 1172 del Código Civil Peruano de 1984, en el sentido de que en la obligación divisible —no solidaria sino mancomunada— cada uno de los acreedores sólo puede pedir la satisfacción de la parte del crédito que le corresponde, en tanto que cada uno de los deudores únicamente se encuentra obligado a pagar su parte de la deuda. Este principio es básico de las obligaciones divisibles y mancomunadas.

El referido principio básico de la divisibilidad tiene data muy antigua. En opinión de Marcadé, al comentar el artículo 1220 del Código Napoléon,[97] las obligaciones sólo se distinguen en divisibles e indivisibles por los acreedores o los deudores múltiples, pues en tanto que hay un solo acreedor y un solo deudor, por muy divisible que sea la obligación siempre debe recibir una ejecución simple e integral, sin ser nunca susceptible de pagos parciales, de modo que ésta alcanza el mismo efecto que si fuese indivisible. Agrega que sólo a la muerte de un deudor o de un acreedor que deja varios herederos se puede dividir la obligación existente originariamente entre un solo acreedor y un solo deudor, si tal obligación es susceptible de dicha división.

Del texto del artículo 1172 del Código Civil Peruano de 1984 se deduce el principio básico de la divisibilidad. Pero podría ocurrir que, no obstante este principio, a la hora de efectuar el pago éste no se haga estrictamente de acuerdo al mismo.

Cuando estemos en presencia de una obligación cuya prestación consista en la entrega de bienes fungibles o inciertos, se entenderá divisible la obligación, siempre y cuando cada uno de los deudores pueda cumplir frente al o a los acreedores comunes, un número igual de los bienes debidos. De lo contrario, estaremos en presencia de una obligación indivisible.

En cambio, cuando estemos en presencia de una obligación de dar bienes ciertos, esta obligación no será divisible, ya que, a decir de De

---

97 MARCADÉ, V. *Op. cit.*, tomo IV, p. 520.

Gásperi,[98] la división sería impracticable en partes viriles, sin destruir la idea del todo de cada una de las cosas comprendidas en la prestación, no obstante la divisibilidad de la cosa.

Ahora bien, el principio de divisibilidad es el que permite distinguir las obligaciones divisibles y las indivisibles. De esta forma, tales obligaciones parten de un primer punto para su calificación, esto es, si la prestación es susceptible de división o no lo es.

Ése es el primer tema, si por la naturaleza de la prestación se pueden dividir, pero no es el único. Existen prestaciones que por su naturaleza son divisibles y aun así no van a ser obligaciones divisibles.

Pensemos en una obligación que consiste en entregar cinco botellas de agua mineral de determinada marca, de 650 ml., con gas. Estas cinco botellas deben ser entregadas por dos deudores a un acreedor.

Aunque en principio parecería que la obligación es divisible, no lo es, ya que cada deudor debería entregar dos botellas y media.

Y es que, cuando se trata de una prestación con posibilidad de ser dividida, si las partes no han pactado proporciones distintas, se entiende que la división es por igualdad, por partes iguales, y no es concebible pensar, en el ejemplo propuesto, que cada deudor entregue dos botellas y media, porque una botella no se puede dividir.

La obligación sí sería divisible si los deudores hubieran pactado una proporción diferente. Así, la prestación sería divisible en caso de que, por ejemplo, hubieran convenido que uno de los deudores entregara tres de esas botellas y el otro dos.

En general, podemos señalar que son tres los pasos que se deben seguir para determinar si una obligación es o no divisible.

El primero, si es posible dividir la prestación en sí. El segundo, si resulta posible dividir esa prestación entre el número de acreedores y deudores que haya. El tercer paso es ver qué han pactado las partes, ya que ellas en ejercicio de su autonomía privada podrían convenir de manera ficticia la indivisibilidad.

---

[98] DE GÁSPERI, Luis. *Op. cit*, tomo II, p. 18.

Lo primero, entonces, es la naturaleza de la prestación. A veces, sin embargo, no es suficiente que por su naturaleza esa prestación sea divisible, puesto que por el número de deudores o acreedores termina siendo indivisible. También es posible que una obligación que por su naturaleza sea divisible, y que incluso lo sea tomando en cuenta el número de deudores o acreedores, en definitiva termine siendo indivisible porque las partes al momento de contraer la obligación, así lo establecieron.

Por medio del pacto, por ejemplo, una obligación de dar 60,000 nuevos soles que tienen dos deudores y un acreedor y que, en principio, sería divisible, podría ser indivisible si las partes lo hubieran señalado al darle nacimiento.

Ahora, supongamos que la prestación de aquella obligación que tiene dos deudores consistiera en entregar un automóvil. En tal supuesto, nos encontraríamos frente a una obligación indivisible porque no se puede pensar en entregar medio automóvil.

La entrega de un automóvil es una obligación indivisible, pero si las partes hubieran pactado, por ejemplo, que el «Deudor 1» entregará las llantas y que el «Deudor 2» entregará el resto del auto, la obligación sería divisible, aunque, insistimos, eso sólo sería posible si hubiera pacto.

En las obligaciones divisibles no existe la presunción de que la división de la prestación se deba realizar en proporciones distintas a la igualdad. El acreedor no podrá solicitar a uno de los deudores que cumpla con la entrega de algo distinto a lo del otro, salvo que ello así se haya pactado. Recordemos que se presume la igualdad, y si la indivisibilidad de la prestación lo impide, entonces simplemente estaremos ante una obligación de carácter indivisible.

Veamos un ejemplo más. Dos deudores, «D1» y «D2», se obligan con un acreedor a entregarle una botella de agua de dos litros y una botella de yogurt de dos litros.

La obligación planteada es indivisible en tanto no se pactó qué botella debería entregar cada deudor, de donde se sigue que ambos deberían cumplir con la prestación de igual manera, y no es posible que cada uno entregue media botella de agua y media botella de yogurt sin que se destruyan las botellas.

No obstante que los ejemplos propuestos son relativos a obligaciones de dar, las mismas reglas se aplicarían a las obligaciones de hacer y de no hacer.

Pensemos que dos pintores se obligan con un acreedor a pintar una habitación. En este caso, si no se hubiese establecido qué pared de la habitación o qué área de las paredes o del techo tendría que ser pintada por cada uno, se trataría de una obligación indivisible, en tanto el acreedor no sabría qué parte le podría exigir a uno y qué le podría exigir al otro.

Esta obligación de hacer sí sería divisible en caso de que, por ejemplo, se hubiera establecido que uno de los deudores pintara el techo y el otro las paredes.

Por otro lado, si la obligación fuera una de no hacer que consistiera en que dos deudores se comprometieran con un acreedor a guardar un secreto, la misma sería también indivisible porque el acreedor le podría exigir a ambos que cumplan con toda la prestación, es decir, que guarden todo el secreto y no sólo una parte de él.

## 3. PRESUNCIÓN DE DIVISIÓN EN ALÍCUOTAS

Como adelantamos en el acápite anterior, en las obligaciones divisibles se asume, en principio, que existe igualdad en cuanto a las partes en las que se divide el crédito o la deuda. Dicha presunción se encuentra contenida en el artículo 1173 del Código Civil Peruano:

> Artículo 1173.– «*En las obligaciones divisibles, el crédito o la deuda se presumen divididos en tantas partes iguales como acreedores o deudores existan, reputándose créditos o deudas distintos e independientes unos de otros, salvo que lo contrario resulte de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso*».

Este precepto, como veremos más adelante, se aplica a las obligaciones mancomunadas, en virtud de lo dispuesto por el artículo 1182.

El artículo 1173 del Código Civil Peruano, contiene una presunción acerca de qué se entiende por obligaciones divisibles.

Es consecuencia natural de las obligaciones divisibles y de las obligaciones mancomunadas, el hecho de que si las partes no han pactado en contrario, se presuma que el crédito y la deuda se encuentran divididos en tantas partes iguales como acreedores y deudores existan.

Para ilustrar lo mencionado vamos a proponer un ejemplo.

Se celebra un contrato de mutuo dinerario entre tres acreedores y dos deudores, por la cantidad de 60,000 nuevos soles. Si no se hubiese pactado en contrario respecto de cómo se encuentra dividida la deuda o el crédito, se entenderá que cada uno de los deudores debe la mitad del crédito (30,000 nuevos soles) y que a cada uno de los acreedores se le debe la tercera parte del crédito. En tal sentido, por tratarse de una obligación divisible y mancomunada, se presumirá, *iuris tantum*, que cada deudor debe pagar esos 30,000 nuevos soles de manera equitativamente proporcional a cada uno de los acreedores. En este caso, cada deudor deberá pagar esos 30,000 nuevos soles a tres acreedores, por lo que corresponderá a cada uno de ellos, respecto a ese deudor, la cantidad de 10,000 nuevos soles.

Igualmente, cada uno de los acreedores sólo podrá exigir el cumplimiento de la tercera parte de la deuda (20,000 nuevos soles cada uno), y de manera proporcional respecto de cada uno de los deudores. Y como estos son dos, resultará que cada acreedor sólo podrá exigir a cada deudor el pago de 10,000 nuevos soles.

Es de la naturaleza de las obligaciones divisibles y mancomunadas que cada uno de los créditos o deudas se reputen como independientes entre sí, tal como lo establece la parte final del artículo 1173 del Código Civil. En tal sentido, cada deudor se libera pagando únicamente lo que le corresponde en virtud de la división. En el ejemplo citado, cada deudor se liberará pagando a cada acreedor 10,000 nuevos soles, razón por la cual dicho acreedor no podrá exigirle más allá de la mencionada suma; independientemente de si el referido deudor haya o no pagado su deuda a los otros coacreedores.

De otro lado, creemos conveniente analizar algunos supuestos, que si bien resultan de fácil solución, no es ocioso refrescar.

Se trata del caso en el cual el acto jurídico que originó la obligación fuera nulo o se anulase respecto de alguno o algunos de los deudores o acreedores y no respecto de otros. En tal sentido, como cada uno de ellos tiene un crédito independiente al de los demás, esta situación no afectará el cumplimiento de la prestación por los deudores cuyos títulos permanezcan válidos, en relación con los acreedores cuyos títulos tengan la misma condición de validez.

Similar solución daríamos al supuesto en el cual se presente la imposibilidad de ejecutar la prestación respecto a algunos deudores y no a otros.

## 4. OPOSICIÓN DEL BENEFICIO DE LA DIVISIÓN EN LAS OBLIGACIONES DIVISIBLES Y MANCOMUNADAS

Según el artículo 1174 del Código Civil Peruano:

> *Artículo 1174.- «El beneficio de la división no puede ser opuesto por el heredero del deudor encargado de cumplir la prestación, por quien se encuentre en posesión de la cosa debida o por quien adquiere el bien que garantiza la obligación».*

El primer supuesto del artículo 1174 del Código Civil Peruano, consiste en que exista un deudor de prestación divisible, y éste fallezca. En tal sentido, si dicho deudor dejase herederos, y alguno de ellos hubiese sido encargado por su causante (a través de la vía testamentaria) o por los otros coherederos (de mutuo acuerdo) para que cumpla la obligación contraída por su causante, no podría excusarse de dicho cumplimiento íntegro, aduciendo que existen otros coherederos que podrían efectuar un cumplimiento fraccionado de la prestación.

El segundo supuesto es comentado por Giorgi,[99] cuando señala que en el caso de que, luego de acontecida la muerte del deudor, sus herederos hayan procedido a la división, y adjudicado a uno de ellos la posesión de la cosa que forma el objeto de la prestación, el acreedor como excepción al principio de la divisibilidad, puede requerir al heredero que posee la cosa debida por la totalidad, y este último queda obligado a darla en su totalidad, quedando a salvo la repetición contra los coobligados.

Agrega Giorgi que lo mismo sucedía en el Derecho Romano *aequitatis causa*, cuando la obligación a cargo de varios herederos consistía en restituir un depósito o mandato, o nacía de una estipulación pretoria. Anota que, no obstante la regla enunciada, el acreedor conservaba el derecho a demandar a cada heredero la ejecución de la obligación, según su parte hereditaria.

---

[99] GIORGI, Giorgio. *Op. cit.*, vol. I, p. 254.

En ambos supuestos analizados, sin embargo, si el codeudor no cumpliese con ejecutar la prestación debida, el acreedor impago podría accionar contra los demás codeudores por sus respectivas partes.

El último supuesto del artículo 1174 del Código Civil Peruano consiste en que el bien no sea uno que deba entregarse, sino que fuese dado en garantía del cumplimiento de una obligación principal (en garantía mobiliaria, prenda, hipoteca o anticresis). En este caso, si quien entregó dicho bien en garantía del cumplimiento de una obligación (propia o ajena) lo vende —por citar un ejemplo—, quien adquiere su propiedad no podría invocar la divisibilidad en el cumplimiento de la obligación.

Sin embargo, la hipótesis mencionada no resulta coherente y, lo confesamos, podría entenderse como una justificación forzada del tercer caso del artículo 1174. Por ello, somos de opinión que esa parte del precepto está demás.

En nuestro concepto, los supuestos del artículo 1174 del Código debieran limitarse a prescribir que el beneficio de la división no podía ser opuesto por el heredero del deudor encargado de cumplir la prestación o que se encontrara en posesión de la cosa debida, si ésta era cierta y determinada.

En palabras de Giorgi,[100] caben en general excepciones al principio de divisibilidad de una obligación, si así se estableciese por contrato o por testamento. Señala el autor citado que sobre el testamento nunca se han generado dudas, pero reconoce que lo contrario ha ocurrido al resolver si por contrato sería lícito a las partes descargar el peso de la obligación sobre uno solo de los herederos del promitente. Recuerda Giorgi que en Derecho Romano la respuesta no parece dudosa, ni faltan autores, entre los que cita como ejemplo a Delvincourt, que extienden estos principios al Derecho moderno; agrega que los más, siguiendo a Dumoulin y Pothier, se dirigen por contrario camino, recordando a Molitor, Toullier, Colmet de Santerre, Larombière, Rodiére, Massé y Vergé, Demolombe, Aubry y Rau, Bourgnon de Layre, Laurent, Pacifici Mazzoni y Ricci.

Señala Giorgi que, sin embargo, estas autoridades no llegan a sostener que los contratantes, descargando el peso total de la deuda sobre

---

100 GIORGI, Giorgio. *Op. cit.*, vol. I, pp. 255 y 256.

un heredero, puedan privarle del derecho de repetición; se contentan con decir, siguiendo siempre la doctrina de Dumoulin y Pothier, que los contratantes pueden sólo imponerle la total ejecución de la obligación, salvo su repetición contra los codeudores. Recuerda Giorgi que esto es todo lo contrario de aquello que es lícito al testador, el cual puede, sin duda, echar enteramente sobre un heredero el peso de la obligación, sin repetición contra los demás; como puede adjudicar, sin derecho a repetir de los otros, el beneficio de la obligación a un solo heredero.

Por otra parte, precisa Giorgi que sería inútil entretenerse en hablar del modo como se manifiesta la voluntad expresa y la voluntad tácita, sea del testador, sea de los contratantes, de hacer indivisibles las obligaciones; señala que, tratándose de manifestaciones expresas, no se requieren palabras rigurosas, sino que basta cualquier frase que demuestre que el débito o el crédito deben pagarse y exigirse íntegros por un solo deudor o acreedor; añade que de manifestaciones tácitas puede nacer una cuestión de interpretación que debe resolverse por las reglas de la hermenéutica testamentaria o contractual; concluye que de todo esto no se puede racionalmente dudar, porque la regla *concursu partes fiunt*, si es regla de justicia, no tiene además el carácter de una disposición de orden público, y se subordina en la materia testamentaria o contractual a la voluntad del testador, que es en dicha materia la ley suprema, la cual deben obedecer herederos y legatarios, las partes y sus sucesores.

## 5. OBLIGACIONES INDIVISIBLES

Al igual que en el caso de las obligaciones mancomunadas, el Código Civil Peruano omite definir las obligaciones solidarias, metodología que sí adopta para el caso de las obligaciones indivisibles, a través del artículo 1175, precepto que establece lo siguiente:

> Artículo 1175.- «*La obligación es indivisible cuando no resulta susceptible de división o de cumplimiento parcial por mandato de la ley, por la naturaleza de la prestación o por el modo en que fue considerada al constituirse*».

La característica fundamental de las obligaciones indivisibles es que su cumplimiento debe efectuarse de manera integral, no siendo susceptible de fraccionamiento alguno.

Podríamos citar múltiples ejemplos de obligaciones indivisibles. Respecto de las obligaciones de dar, podría ser el caso de un deudor obligado frente a dos acreedores a entregarles un vehículo; respecto de las obligaciones de hacer, podríamos señalar aquélla en que los integrantes del Ballet Nacional se obligasen ante una determinada institución benéfica a efectuar una presentación. Aquí también será evidente que todos los integrantes tendrían que ejecutar su prestación de manera indivisible. No se concibe lo contrario. Un ejemplo respecto de las obligaciones de no hacer sería aquel del deudor que asume el deber, respecto de toda una familia, de no asistir acompañado de alguien a una determinada reunión; otro ejemplo respecto de estas obligaciones, sería aquel del deudor que se obliga frente a dos acreedores a guardarles un secreto mutuo, o aquel de la persona que se compromete a no comprar un cuadro que dos amigos suyos desean adquirir.

Queremos, en este punto, hacer una mención expresa a las fuentes de la indivisibilidad de las obligaciones en el Perú. El artículo 1175 del Código Civil menciona como causas para que una obligación sea indivisible, cuando no resulta susceptible de división o de cumplimiento parcial por mandato de la ley, por la naturaleza de la prestación o por el modo en que fue considerada.

José León Barandiarán[101] sostenía que:

«La divisibilidad o indivisibilidad de la obligación debe determinarse *seu natura*. Resume Bevilaqua sobre el particular, que son divisibles: las obligaciones de dar, 1) cuando el objeto de la prestación es una suma de dinero u otra cantidad; 2) cuando comprende a un número de cosas indeterminadas de la misma especie, igual al número de los acreedores o de los codeudores, submúltiplo de ese número, como si la prestación es de dar 10 caballos a 10 ó a 5 personas. Las obligaciones de hacer son divisibles si las prestaciones fueran determinadas por cantidad o duración de trabajo. Las de no hacer son divisibles cuando el acto cuya abstención se prometió puede ser ejecutado por partes. Son indivisibles: Las obligaciones de dar cosas ciertas no fungibles; las de hacer, cuyas prestaciones no tuvieran por objeto hechos fijados según

---

101 LEON BARANDIARÁN, José. *Op. cit.*, tomo II, pp. 116 y 117.

cantidad o duración de tiempo; y las de no hacer, cuando el acto cuya abstención se prometió no puede ser ejecutado por partes.

Como enseñan Dernburg y Windscheid, dando un concepto general sobre el asunto, una prestación debe considerarse como divisible en sentido jurídico, cuando ella, sin afectación de su valor, puede ser fraccionada en partes que respectivamente representen al mismo.

El artículo 1208 (se refiere León Barandiarán al Código Civil de 1936) señala como constitutiva de obligación indivisible, la consistente en dar un cuerpo cierto, como cualquiera que por su naturaleza no sea susceptible de cumplimiento parcial. Pothier llamaba indivisibilidad absoluta a ésta que concierne a una prestación que no se concibe que pueda cumplirse de otro modo que no sea en forma integral. Es el caso de dar un cuerpo cierto, que indica la ley. Así también, por ejemplo, es indivisible, por necesidad natural, la obligación dirigida a la constitución de una servidumbre predial».

Ahora bien, analicemos los supuestos de indivisibilidad contemplados por el Código Civil Peruano de 1984:

### 5.1. Cuando no resulta susceptible de división o de cumplimiento parcial por mandato de la ley

La primera causa o fuente de indivisibilidad es la ley. La ley, a pesar de que una obligación sea susceptible de división, por su naturaleza, puede imponer la indivisibilidad por las más variadas razones o circunstancias.

### 5.2. Cuando no resulta susceptible de división o de cumplimiento parcial por la naturaleza de la prestación

Sin duda, esta fuente de indivisibilidad es tan clara como la anterior. Cuando el Código menciona esta hipótesis de indivisibilidad, se refiere a la naturaleza de la prestación. Vale decir, que no exista la indivisibilidad ni por pacto, ni tampoco porque la ley así lo ordene. Simplemente que exista la indivisibilidad porque la naturaleza de la prestación no hace posible su cumplimiento parcial. Por ejemplo, la entrega de dos caballos a tres acreedores. En este caso ni la ley ni el pacto expreso han impuesto la indivisibilidad. Es la naturaleza de la prestación la que así lo decide.

Otro ejemplo sería el de los integrantes de un grupo de teatro que se obligan frente a un empresario artístico a representar una obra en una fecha determinada. De la naturaleza de la prestación a ejecutar se deduce claramente que la prestación tiene carácter de indivisible, ya que sería imposible imaginar cómo los integrantes de ese grupo de teatro podrían ejecutar la obra pactada cada uno por su cuenta.

Por último, mencionaremos como un ejemplo de obligación de no hacer que no resulta susceptible de división o de cumplimiento parcial por la naturaleza de la prestación, aquélla que asumen dos copropietarios de no levantar el muro en una casa contigua, en lo que podría constituir una servidumbre de vista.

### 5.3. Cuando no resulta susceptible de división o de cumplimiento parcial por el modo en que fue considerada al constituirse

La tercera forma de establecer la indivisibilidad de una obligación es por haberse expresado así en el acto constitutivo de la misma, vale decir, porque las partes —de mutuo acuerdo— le han dado este carácter (cuando se trata de actos bilaterales o plurilaterales) o cuando el agente así lo manifestó al constituir el acto (en los actos unilaterales, como podría ser un legado testamentario).

Todo esto, independientemente de si la prestación fuese susceptible de división o de cumplimiento parcial, por no establecer la ley lo contrario, o si resultase susceptible de cumplimiento parcial por la naturaleza de la prestación. El ejemplo más ilustrativo sería aquel en el cual lo que se deba sea una suma de dinero (divisible por excelencia) y las partes convengan en su indivisibilidad.

## 6. EXIGIBILIDAD DEL CUMPLIMIENTO TOTAL DE LA PRESTACIÓN

Como una obligación de prestación indivisible debe ser ejecutada íntegramente, y no podrá serlo de otra manera, resulta consecuencia lógica de este principio que cualquiera de los acreedores pueda exigir a cualquiera de los deudores la ejecución total de la prestación, tal como lo prescribe el primer párrafo del artículo 1176 del Código Civil Peruano, norma del texto siguiente:

> Artículo 1176.- «*Cualquiera de los acreedores puede exigir a cualquiera de los deudores la ejecución total de la obligación indivisible. El deudor queda liberado pagando conjuntamente a todos los acreedores, o a alguno de ellos, si éste garantiza a los demás el reembolso de la parte que les corresponda en la obligación*».

De esta norma se deriva que cualquier acreedor, algunos de ellos o todos los acreedores puedan exigir el íntegro de la prestación a cualquier deudor, a algunos de ellos o a todos los deudores.

Éste es uno de los puntos de concordancia entre las obligaciones indivisibles y las obligaciones solidarias. El precepto contiene uno de los efectos naturales de la indivisibilidad, ya que la prestación no puede fraccionarse, ni sería susceptible de cumplirse por partes. Sin embargo, como enseña Héctor Lafaille,[102] en las prestaciones de no hacer el único responsable es el deudor que faltó al deber de abstención, en la misma medida en que el pago es eficaz aunque provenga de un solo obligado.

Cabe señalar que el Código Civil Peruano, a través del artículo 1176, no ha recogido el denominado «principio de prevención», según el cual si un acreedor hubiese planteado previamente una demanda contra quien efectúa el pago a otro acreedor que no ha demandado o que ha demandado después, dicho pago sería inválido.

Podemos decir, siguiendo a Eduardo Busso,[103] que en las obligaciones solidarias la exigibilidad total de la obligación deriva de la voluntad o de la ley, en tanto que en las obligaciones indivisibles, usualmente deriva de la naturaleza de la prestación, aunque de modo excepcional puede originarse en la voluntad o en la ley. En las primeras, si no existiera una expresa manifestación de voluntad o una disposición legal, la obligación sería simplemente mancomunada y debería dividirse entre acreedores y deudores, a diferencia de las segundas, que no pueden dividirse porque el objeto de la prestación no es susceptible de división ni de cumplimiento parcial. Señala Busso que ésta es la distinción fundamental entre unas y otras obligaciones.

---

102 LAFAILLE, Héctor. *Op. cit.*, vol. I, tomo VI, p. 205.

103 BUSSO, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, pp. 19, 89 y 90.

## 7. LAS DIFÍCILES RELACIONES ENTRE EL DERECHO SUCESORIO Y EL DERECHO DE OBLIGACIONES EN TORNO A LA DIVISIBILIDAD, INDIVISIBILIDAD, MANCOMUNIDAD Y SOLIDARIDAD

De acuerdo al artículo 844 del Código Civil de 1984, si hay varios herederos, cada uno de ellos es copropietario de los bienes de la herencia, en proporción a la cuota que tenga derecho a heredar.

Este precepto se relaciona directamente con la lógica del artículo 660, el mismo que establece que desde el momento de la muerte de una persona, los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia se trasmiten a sus sucesores.

Ocurre —según refiere Guillermo Lohmann— que el Código nacional comete un error al mencionar que se configura una situación de copropiedad sobre los bienes de la herencia, cuando lo que ocurre es que se plantea una comunidad sobre el íntegro de la masa hereditaria, entendida como unidad total (comprendiendo bienes, créditos y deudas).

Tal vez esta equivocación sea la que ha generado buena parte de las confusiones respecto a diversos temas de Derecho Sucesorio, en especial en lo que concierne a su relación con las obligaciones de sujeto plural.

Antes de iniciar nuestro análisis sobre el tema, queremos dejar claramente establecido que si no se produjera la muerte de ninguno de los sujetos de la relación obligatoria, vale decir, la de ningún deudor o codeudor ni la de ningún acreedor o coacreedor, la obligación de sujeto plural se regiría estrictamente de acuerdo a lo convenido en el título constitutivo de la misma y a lo normado en el Código Civil.

Anotada tal premisa, corresponde analizar qué principios son los aplicables de acuerdo a cada supuesto.

### 7.1. Principios aplicables en caso de muerte del deudor o de uno de los codeudores

#### *7.1.1. Supuesto en el cual el deudor o un codeudor muere y deja un único heredero*

Si se tratara de una obligación con pluralidad de sujetos, en la que hubiera varios acreedores, y muriera intestado el único deudor o

uno de los codeudores, dejando sólo un heredero universal, desde el momento de la muerte y antes de que esta persona sea declarada (judicial o notarialmente) heredera, si bien estaríamos ante una sucesión indivisa, no existiría problema práctico alguno, pues al fin y al cabo si decimos que la sucesión responde por el íntegro de la deuda, ya se trate de una obligación divisible y mancomunada, divisible y solidaria, indivisible y mancomunada o indivisible y solidaria, la sucesión deberá afrontar el pago conforme a lo estipulado en el título constitutivo de dicha obligación.

Decimos que no representaría problema alguno, pues los acreedores podrían cobrar a la sucesión de la misma forma como hubiesen podido cobrar al causante, esto es, exigiendo el pago a la única persona declarada heredera universal. Idéntica situación se plantearía si se tratara de un heredero universal instituido vía testamentaria.

En este caso, el hecho de que el causante sólo haya dejado un heredero, hace que el problema pase prácticamente inadvertido. Sin embargo, hemos querido referirnos al mismo, para que el lector pueda apreciar la manera como el tema va a adquirir dificultad mayor cuando nos alejemos de este supuesto, el que podría ser calificado como ideal o académicamente perfecto, en lo que concierne a una armónica relación entre el Derecho de Obligaciones y el Derecho Sucesorio.

### *7.1.2. Supuesto en el cual el deudor o un codeudor muere y deja más de un heredero*

#### *7.1.2.1. Si la obligación es divisible y mancomunada*

##### 7.1.2.1.1. Si se trata de una sucesión intestada

Nos encontramos en el caso en que un deudor o codeudor fallezca intestado y deje dos o más herederos. En este supuesto, desde el momento de la muerte del causante y hasta antes de que se produzca la división y partición de la masa hereditaria, la sucesión responderá por el íntegro de lo debido ante los acreedores.

Ello significa que mientras continúe el estado de indivisión de la masa hereditaria, resultará imposible que se aplique respecto de los herederos del deudor fallecido cualquier precepto relativo a la manera cómo se transmiten a los herederos las obligaciones de sujeto plural.

No se podría decir que cada uno de los herederos del deudor responde por el íntegro, pues el patrimonio de cada uno de ellos todavía no se ha visto integrado por ninguna parte concreta de la masa hereditaria. Mientras persista tal estado de indivisión, será la sucesión la que responda, tal como si el causante todavía estuviese vivo.

Si la sucesión indivisa pagara la deuda a los acreedores, no se presentaría problema alguno, y en la medida de que no existiesen más acreedores, los mencionados herederos podrían efectuar la división y partición de la herencia conforme lo considerasen más conveniente a sus intereses.

En la eventualidad de que la sucesión indivisa no hubiera honrado esta deuda o no se hubiese asegurado su pago, los acreedores tendrían el derecho de oponerse a que se efectúe la división y partición. Ello, en virtud de lo expresamente establecido por los artículos 875 y 876 del Código Civil:

> Artículo 875.– «*El acreedor de la herencia puede oponerse a la partición y al pago o entrega de los legados mientras no se le satisfaga su deuda o se le asegure el pago.*
>
> *La oposición se ejerce a través de demanda, o como tercero con interés en el proceso existente, de ser el caso. Las facultades procesales dependen de la naturaleza de su derecho.*
>
> *También puede demandar la tutela preventiva de su derecho todavía no exigible. Esta pretensión se tramita como proceso abreviado*».

> Artículo 876.– «*Si no obstante la oposición prevista en el artículo 875 se procede a la partición, sin pagar la deuda ni asegurar su pago, la partición se reputará no hecha en cuanto se refiere a los derechos del oponente*».

Y es que los acreedores de una sucesión siempre se verán resguardados por lo dispuesto para las deudas de la herencia (artículos 871 a 880), en especial por lo prescrito en los numerales 871 y 872.

El primero, el artículo 871, establece que mientras la herencia permanece indivisa, la obligación de pagar las deudas del causante gravita sobre la masa hereditaria; pero hecha la partición, cada uno de los herederos responde de esas deudas en proporción a su cuota hereditaria.

El segundo, el artículo 872, otorga una garantía adicional, en el sentido de que los acreedores del causante tienen preferencia respecto a los acreedores de los herederos para ser pagados con cargo a la masa hereditaria.

Ahora bien, ¿qué ocurriría si ninguno de los acreedores ejerciera su derecho a oponerse a la división y partición? En este caso tales acreedores, por descuido, inadvertencia o desconocimiento de las consecuencias de su omisión, podrían estar expuestos a determinadas situaciones, respecto del crédito, ciertamente no deseadas por ellos.

En principio, si los herederos hiciesen una división y partición de la deuda respetando estrictamente sus porcentajes en la sucesión, sería aplicable para las relaciones entre dichos herederos y sus acreedores lo dispuesto en el artículo 1174 del Código Civil Peruano, norma que establece que «*El beneficio de la división no puede ser opuesto por el heredero del deudor encargado de cumplir la prestación, por quien se encuentre en posesión de la cosa debida o por quien adquiere el bien que garantiza la obligación*».

Si bien es cierto que el referido numeral no está redactado en sentido positivo, sino negativo, interpretándolo contrario imperio fácilmente se deduce que el beneficio de la división sí puede ser opuesto por el heredero del deudor que no se encuentra comprendido en ninguno de los supuestos mencionados por la norma.

Entonces podemos afirmar que el régimen legal de una obligación divisible, en cuanto a los herederos del deudor (o de un codeudor), se regirá por el principio de la divisibilidad.

Idéntico razonamiento cabría formular en torno a las obligaciones mancomunadas, pues en virtud de lo dispuesto por el artículo 1182 del Código Civil, a esta clase de obligaciones se le aplican las normas de las obligaciones divisibles, uno de cuyos tres preceptos es el mencionado numeral 1174.

Lo expresado equivale a decir que una obligación divisible y mancomunada puede heredarse, luego de efectuada la división y partición, de manera divisible y mancomunada. Esto significa que cada uno de los herederos del deudor sólo estaría obligado hasta por su parte o porcentaje en la herencia de su causante. Lo propio sería aplicable para los herederos de un codeudor, en el sentido de que cada uno de ellos

únicamente respondería por la parte proporcional de la porción que debía su causante.

Aquí estaríamos ante la situación ideal de que los herederos del deudor o codeudor hubieran efectuado una división y partición de la deuda de manera equivalente dentro del conjunto de la masa hereditaria.

El problema se presentaría en la eventualidad de que los herederos del deudor o codeudor hubieran procedido a efectuar una división y partición de manera distinta a la que idealmente les correspondía en virtud de sus respectivas acciones y derechos en la masa hereditaria. Así, bien podría ocurrir que hubieran decidido que sólo algunos de ellos asumieran el pago de dicha deuda en porcentajes no equivalentes a su participación en la herencia, o hubieran acordado que uno solo de los herederos del deudor o codeudor asumiese el pago del íntegro de la deuda.

En estos casos, ello no significaría que el acreedor o los acreedores, a pesar de no haberse opuesto a que se efectúe la división y partición (por no habérseles pagado previamente), tuvieran que asumir las consecuencias de dicho convenio, en la medida de que si bien es cierto que no se opusieron a que se efectuara la división y partición, en nada hubieran podido influir en los acuerdos adoptados por los herederos, ya que competía únicamente a ellos adoptar decisiones.

En efecto, la división y partición convencional es un acto de carácter contractual, y por ello le es aplicable el principio *res inter alios acta*, el mismo que tiene correlato legislativo en el artículo 1363 del Código Civil Peruano, precepto que establece que los contratos sólo producen efectos entre las partes que los celebran y sus herederos, salvo casos de excepción.

De esta forma, si los porcentajes resultantes de la división y partición fuesen distintos a los que les correspondían en virtud de la ley para el pago de la deuda, el acreedor o los acreedores gozarían de dos opciones: respetar lo convenido por los herederos, si fuese favorable a sus intereses, procediendo a cobrarles conforme a los porcentajes que ellos mismos se asignaron para el pago, o cobrar a los herederos del deudor o codeudor, de conformidad a los porcentajes que tuvieran en la sucesión, e independientemente de lo que entre ellos hubieran convenido, pues los herederos del deudor no podrían vulnerar los principios contenidos en los artículos 1172 a 1174 del Código Civil, perjudicando derechos de terceros.

7.1.2.1.2. Si se trata de una sucesión testamentaria

El Código Civil Peruano regula la sucesión testamentaria en sus artículos 686 y siguientes.

En principio, la libertad de testar sólo encuentra restricciones para el caso de la legítima y de la porción disponible (tema normado entre los numerales 723 y 733 del propio Código).

Como se sabe, la legítima constituye la parte de la herencia de la que no puede disponer libremente el testador cuando tiene herederos forzosos (artículo 723); siendo tales los hijos y los demás descendientes, los padres y los demás ascendientes, y el cónyuge (artículo 724).

Quien tiene hijos u otros descendientes, o cónyuge, puede disponer libremente hasta del tercio de su patrimonio (artículo 725); mientras que aquel que tiene sólo padres u otros ascendientes, puede disponer libremente hasta de la mitad de su patrimonio (artículo 726); en tanto que quien no tiene cónyuge ni parientes de los indicados en los artículos 725 y 726, tiene la libre disposición de la totalidad de su patrimonio.

Pero las normas relativas a la sucesión testamentaria y a la legítima no conllevan restricciones adicionales, lo que determina que el deudor o codeudor que otorgue testamento podría disponer que la división del pago de la deuda se haga de acuerdo a los porcentajes que le atribuya a cada uno de sus herederos en la sucesión, los que, sobre la base de la porción disponible, pueden ser diferentes a los que se determinarían en una sucesión intestada.

En la eventualidad de que el testador no cumpliera con los requisitos previstos en el párrafo anterior, los acreedores tendrían opción entre respetar la voluntad del testador, si no les causara perjuicio, o cobrar a cada uno de los herederos de acuerdo a los porcentajes que les correspondiesen en la herencia.

Pero también podría ocurrir que el testador no hubiese asignado el pago de la deuda a uno o algunos de sus herederos, sino que simplemente la hubiera silenciado. En este caso, el tema se regiría íntegramente por idénticos principios que los que norman la materia en la sucesión intestada. Resulta claro, además, que los acreedores de la sucesión mantendrían sus derechos inalterables en relación a la referida deuda, mientras ella permaneciera indivisa.

Estas mismas consideraciones, aunque con consecuencias distintas en el caso de las obligaciones indivisibles, serían aplicables para los supuestos de las obligaciones divisibles y solidarias, indivisibles y mancomunadas e indivisibles y solidarias en las que el causante, habiendo otorgado testamento, no hubiera determinado cuál o cuáles de sus herederos tendrían que realizar el pago de su deuda.

Por otra parte, si el deudor causante hubiese hecho división y partición testamentaria de la deuda, resulta evidente que el acreedor o los coacreedores no podrían oponerse a tal división y partición, pues la misma correspondería a un acto de ejercicio pleno de la libre voluntad del causante.

Es evidente, sin embargo, que dicha disposición testamentaria no podría oponerse a los acreedores, si ellos consideraran que de una forma u otra perjudicase sus intereses.

Esta situación podría presentarse si la obligación fuese divisible y mancomunada o divisible y solidaria, supuesto este último que luego trataremos, y en el cual los acreedores podrían optar por respetar la división y partición de la deuda hecha por el causante, o cobrarla de manera divisible y mancomunada a todos los herederos.

Si la obligación fuese indivisible y mancomunada, ante una división y partición de la deuda, los acreedores tendrían la opción de cobrar de la manera dispuesta por el testador o de modo indivisible, de acuerdo a lo establecido en el artículo 1177 del Código Civil, cuyo texto es el siguiente:

> Artículo 1177.– «*La indivisibilidad también opera respecto de los herederos del acreedor o del deudor*».

Finalmente, si la obligación fuese indivisible y solidaria, en caso se produjera la división y partición de la deuda por parte del causante, los acreedores tendrían la opción entre respetar su voluntad o cobrar el íntegro a cualquiera de los herederos del deudor, conforme a lo dispuesto por el mismo artículo 1177 citado.

*7.1.2.2. Si la obligación es divisible y solidaria*

7.1.2.2.1. Si se trata de una sucesión intestada

Si el deudor o codeudor falleciera intestado, dejando pluralidad de herederos, desde su muerte y hasta que se produzca la división y

partición, la sucesión indivisa responderá frente a los acreedores por el íntegro de la deuda.

Si la sucesión indivisa no pagara la deuda, los acreedores tendrían derecho a oponerse a que se efectúe la división y partición, sobre la base de lo establecido en los numerales 875 y 876 del Código Civil.

En la eventualidad de que no hubieran ejercido el derecho a oponerse, por la razón que fuere, se podrían dar diferentes situaciones.

De acuerdo a lo establecido por el primer párrafo del artículo 1187 del Código Civil (precepto aplicable cuando una obligación solidaria es divisible), si muere uno de los deudores solidarios, la deuda se divide entre los herederos en proporción a sus respectivas participaciones en la herencia.

Esto significa, en buena cuenta, que la solidaridad no se transmite a los herederos del deudor, a quienes la obligación pasa con carácter de mancomunada. En tal sentido, si la obligación divisible y solidaria se transmite a los herederos del deudor con carácter de divisible y mancomunada, el tema de la sucesión intestada se regiría por los mismos principios que hemos anotado al analizar el punto 7.1.2.1.1.

#### 7.1.2.2.2. Si se trata de una sucesión testamentaria

Se aplican a este caso los comentarios que hemos formulado en el numeral 7.1.2.1.2., vale decir los relativos a una obligación divisible y mancomunada, cuando muere el deudor o un codeudor dejando más de un heredero.

No obstante ello, estimamos necesario detenernos en el análisis de un supuesto de sumo interés, referido a este tema. Es el planteado por Giorgi,[104] cuando se pregunta si quien se obliga en un contrato puede imponer la solidaridad a los herederos. Recuerda el maestro italiano que Colmet de Santerre y Boileux responden que no, en tanto que Demolombe y Laurent están por la afirmativa, opinión con la cual Giorgi se encuentra de acuerdo, pues, en efecto, la regla de que el testador puede imponer la solidaridad a los herederos y a los legatarios, demuestra que el principio de la división de las deudas hereditarias no es de orden público, sino que

---

104 GIORGI, Giorgio. *Op. cit.*, vol. I, pp. 197 y 198.

puede destruirse por la voluntad particular en contrario. Agrega Giorgi que, además, se puede mencionar jurisprudencia confirmando su opinión, al recordar una sentencia de la Corte de Bruselas de 21 de abril de 1819, citada por Merlin, que decide, en efecto, que varios herederos de un deudor de renta perpetua venían obligados solidariamente al pago de la renta, porque se desprendía del contrato de constitución que los contratantes habían querido obligar solidariamente a los herederos; precisa que lo mismo repitió dicha Corte el 4 de marzo de 1824, en otra sentencia citada por Laurent; añade que los Tribunales italianos han confirmado después la doctrina de que las partes pueden, al constituir una enfiteusis, imponer a los herederos la solidaridad en el pago del canon.

*7.1.2.3. Si la obligación es indivisible y mancomunada*

7.1.2.3.1. Si se trata de una sucesión intestada

Si el deudor o codeudor fallece intestado, dejando dos o más herederos, estaremos ante una situación de indivisión y partición de la masa hereditaria, debiendo responder la sucesión frente a los acreedores por la totalidad de las deudas.

Si los herederos del deudor o codeudor deseasen efectuar una división y partición sin pagar previamente la deuda, sus acreedores podrían oponerse a ello, en virtud de lo dispuesto por los artículos 875 y 876 del Código Civil.

En la eventualidad de que ninguno de los acreedores se opusiese a la división y partición, ocurriría lo que seguidamente exponemos.

De acuerdo a lo establecido por el artículo 1177 del Código Civil, la indivisibilidad también opera respecto de los herederos del acreedor o del deudor.

Así las cosas, no existiría una hipótesis idónea de división y partición respecto de la deuda materia de análisis.

Decimos esto, porque en la eventualidad de que los herederos del deudor acordaran que la división y partición se realizara conforme a sus porcentajes de participación en la masa hereditaria, o incluso en el supuesto de que los herederos del deudor acordaran que la división y partición se realizara asignando sólo a uno o a algunos de ellos el pago del íntegro de la deuda, estas estipulaciones no enervarían el derecho de los acreedores a cobrar el íntegro de la prestación a cualquiera de los

herederos del deudor, incluyendo a aquellos a quienes no se les asignó el deber de honrar la deuda.

Y, obviamente, también resultaría aplicable al caso lo dispuesto por el artículo 1176 del Código Civil, en el sentido de que cualquiera de los acreedores podría exigir a cualquiera de los herederos del deudor la ejecución total de la obligación indivisible, supuesto en el cual el deudor quedaría liberado pagando conjuntamente a todos los acreedores o a alguno de ellos, si este último garantiza a los demás el reembolso de la parte que les corresponda en la obligación.

7.1.2.3.2. Si se trata de una sucesión testamentaria

En el caso de una sucesión testamentaria, si la obligación fuere indivisible y mancomunada y hubiese muerto el deudor o uno de los codeudores, nos encontraríamos en el mismo caso que se plantea en la sucesión intestada, pues los acreedores no quedarían obligados a respetar lo dispuesto en el testamento, ya que les asistiría el derecho de cobrar el íntegro de la prestación a cualquiera de los herederos del deudor, de la manera expuesta en el acápite respectivo referente a la sucesión intestada (7.1.2.3.1.).

Sin embargo, nada impediría a los acreedores aceptar la división y partición que hiciera el testador, atribuyendo a uno solo de los herederos la obligación de pagar la deuda, en la medida en que consideren a ese heredero plenamente solvente.

Otro supuesto de sucesión testamentaria sería aquel en el cual el testador hubiera omitido pronunciarse respecto de la deuda, caso en el cual, claro está, serían de aplicación las normas consignadas en los artículos 1176 y 1177 del Código Civil.

*7.1.2.4. Si la obligación es indivisible y solidaria*

7.1.2.4.1. Si se trata de una sucesión intestada

Si falleciera un deudor intestado, dejando pluralidad de herederos, naturalmente que se configuraría una situación de indivisión de la masa hereditaria, respondiendo la sucesión indivisa con todo su patrimonio ante los acreedores.

En el supuesto en que la sucesión indivisa no hubiese pagado la deuda, y los herederos del deudor intentaran efectuar una división y

partición, sus acreedores podrían oponerse, amparándose en lo establecido por los artículos 875 y 876 del Código Civil.

Si ninguno de los acreedores se opusiese a dicha división y partición, los herederos podrían disponer lo que juzgaren conveniente. Esta división y partición, sin embargo, no resultaría oponible a los acreedores, en virtud del ya mencionado principio *res inter alios acta*.

Al tratarse de una obligación indivisible y solidaria, en razón de lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 1181 del Código Civil, se aplicaría el artículo 1177 del mismo Código, en virtud del cual prevalece el principio de la indivisibilidad respecto a los herederos del deudor.

En el caso previsto no sería aplicable, por tratarse de una obligación que, además de indivisible, es solidaria, el artículo 1176 del Código Civil citado en el numeral 7.1.2.3.1. de este apartado, sino el artículo 1185 del mismo Código, que prescribe lo siguiente:

> *Artículo 1185.– «El deudor puede efectuar el pago a cualquiera de los acreedores solidarios, aun cuando hubiese sido demandado sólo por alguno».*

Nada impediría, desde luego, en un plano teórico, que los acreedores aceptaran cobrar en los términos previstos por la división y partición.

Por lo demás, cabría la posibilidad de que los codeudores hubiesen realizado una división y partición omitiendo cualquier referencia a la deuda, caso en el cual serían aplicables los principios establecidos por el artículo 1177 del Código Civil.

7.1.2.4.2. Si se trata de una sucesión testamentaria

Hacemos de plena aplicación a este caso, *mutatis mutandis*, las expresiones que hemos vertido con ocasión del análisis realizado en el punto inmediatamente anterior, relativo al caso en el que fallece intestado un deudor o codeudor, dejando más de un heredero, y la obligación fuese indivisible y solidaria.

### 7.2. La obligación frente a la muerte del acreedor o de uno de los acreedores

El Derecho Sucesorio Peruano aborda en un solo precepto el tema de la partición de créditos materia de una sucesión, a través del

numeral 863 del Código Civil, que establece lo siguiente: «*Los créditos que constituyen parte del activo hereditario, se dividirán entre los herederos en proporción a la cuota que tienen en la herencia*».

Lo que será materia de análisis es si el numeral 863 del Código Peruano tiene carácter imperativo, cuando dispone que los créditos que constituyen parte del activo hereditario «se dividirán» entre los herederos en proporción a la cuota que tienen en la herencia.

En virtud a lo previsto por el artículo 660 del Código Civil Peruano, desde el momento de la muerte de una persona se transmite a sus herederos su patrimonio hereditario, el mismo que está compuesto por los bienes, derechos y obligaciones (créditos y deudas).

Como es evidente, los herederos pueden aceptar o renunciar a la herencia. De acuerdo al artículo 672, la aceptación expresa puede constar en instrumento público o privado y la aceptación tácita se genera si el heredero entra en posesión de la herencia o practica otros actos que demuestran de manera indubitable su voluntad de aceptar.

Dice el artículo 844 del Código Civil que si a la muerte del causante éste deja varios herederos, cada uno de ellos es copropietario de los bienes de la herencia, en proporción a la cuota que tenga derecho a heredar. Pero, a nuestro entender, la norma omite inadvertidamente hacer referencia a los derechos de crédito y a las deudas que forman parte de la masa hereditaria. Nos parece evidente que dentro del régimen legal peruano la situación de indivisión no sólo se extiende a los bienes materia de la herencia, sino también a los derechos de crédito y a las deudas, por inferirse así del citado artículo 660.

De ello se deduce que el estado de indivisión hereditaria a que alude el artículo 845, hace de aplicación al tema —en lo no previsto por el Derecho de Sucesiones— las normas relativas a copropiedad, las que no sólo se refieren a los bienes, sino a todo el patrimonio como universalidad. Así, mientras subsista el estado de indivisión, seguirá rigiendo lo previsto por el numeral 851, al disponer que la herencia será administrada por el albacea o por el apoderado común nombrado por todos los herederos o por un administrador judicial.

En principio, el estado de indivisión sucesoria no facilita adoptar decisiones respecto de actos de disposición (para los que se requiere

unanimidad) o de administración (que exigen mayoría absoluta de porciones hereditarias). Por ello, el Derecho auspicia la división y partición de la masa hereditaria, conforme a las normas previstas por los artículos 852 y siguientes del Código Civil.

La división y partición, en cuanto a los bienes se refiere, no constituye objeto de análisis en este trabajo. La división y partición de las deudas ya ha sido materia de estudio.

Ahora corresponde ocuparnos del régimen de la división y partición de créditos en sede sucesoria.

Entendemos que para efectos de una división y partición convencional —en torno a los créditos de la sucesión—, la regla es la libertad absoluta, pudiendo acordar los coherederos aquello que consideren más conveniente a sus intereses, siempre y cuando no afecten derechos de terceros.

Pero el ya citado artículo 863 del Código Civil, que establece que los créditos que constituyen parte del activo hereditario, se dividirán entre los herederos en proporción a la cuota que tienen en la herencia, no sólo es un precepto de carácter meramente dispositivo, sino que resulta confuso e inútil, ya que, como antes lo expresamos, los herederos podrían proceder como mejor les convenga respecto a la división y partición de los créditos de la sucesión, pues la resolución que adopten, que estaría referida únicamente al cobro de las deudas, en nada afectaría a los deudores de la sucesión.

En el Derecho Peruano los herederos del causante no podrían hacer efectivos —salvo para integrarlos a la masa hereditaria— los créditos de la sucesión si anteladamente no se hubieran pagado todas las deudas de la herencia. En tal sentido, el Capítulo relativo a las deudas de la sucesión, deja ello claramente establecido en los artículos 871 y siguientes del Código Civil, pues mientras la herencia permanece indivisa las deudas del causante gravitan sobre la masa hereditaria.

A lo señalado, hay que agregar un argumento que aleja que se interpreten en el mismo sentido el artículo 863 del Código nacional y el artículo 3485 del Código Argentino. El artículo 863, a diferencia de su correspondiente argentino (el 3485), no está redactado en tiempo presente, pues no expresa que los créditos divisibles que hacen parte del activo hereditario «se dividen» entre los herederos, sino él dispone

que «se dividirán» entre los herederos en proporción a la cuota que tienen en la herencia.

Resulta de singular importancia que la norma peruana se encuentre redactada en tiempo futuro, y no en tiempo presente, pues este argumento abona el criterio razonable de que la división de los créditos no se produce al tiempo de la muerte del causante, sino cuando se efectúa la división y partición de la masa hereditaria, momento en el que recién cabría un pacto distinto.

Por otra parte, si se pensara por un instante en la eventualidad de aplicar el artículo 863 antes de que se produjera la división y partición de la masa hereditaria, podría incurrirse en el absurdo de que los activos de la sucesión, que obviamente no incluirían los créditos «ya cobrados de manera directa por los herederos del causante», no alcanzaran para pagar los pasivos de la herencia.

Ello significaría ubicarnos en la insólita hipótesis de que los herederos del causante pudieran cobrar automáticamente los créditos que integran parte del activo hereditario, en proporción a su cuota en la herencia, sin necesidad de preocuparse por pagar las deudas de la propia sucesión, lo que legalizaría una situación claramente fraudulenta, en perjuicio de los acreedores de la herencia. Por lo demás, tal interpretación vulneraría los preceptos imperativos consignados en los artículos 871 y siguientes del Código Civil. La cobranza de los créditos sólo puede efectuarse para integrar su importe a la masa sucesoria.

En adición, conviene señalar que la sistemática del artículo 863 refuerza el argumento de que el mismo no resulta susceptible de ser aplicado inmediatamente después de producida la muerte del causante, sino en el proceso de división y partición, ya que el citado numeral forma parte del Capítulo Segundo, relativo, precisamente, a la partición de la masa hereditaria (artículos 852 a 868), ubicado luego del Capítulo Primero, referido a la indivisión de la masa hereditaria, integrando, ambos, el Título II, sobre indivisión y partición.

Por otra parte, dado que con frecuencia los herederos mantienen la sucesión indivisa durante un tiempo considerable, pues son usuales las dificultades destinadas a efectuar una división y partición, es claro que dichos herederos no proceden a adjudicarse créditos hereditarios para

recién cobrarlos después de efectuada la división y partición. Resulta común, por ello, que la sucesión indivisa haga efectivos dichos créditos de los deudores a quienes corresponda pagarlos. Es muy probable, por tal razón, que sólo queden como pendientes aquellos créditos cobrados pero no pagados o aquellos cuyo plazo para el pago aún no hubiese vencido.

Además, cabe recordar que el artículo 863 del Código vigente carece de correlato alguno en el Código Civil de 1936, el mismo que no incluyó norma similar, situación que hace difícil percibir la intención del legislador de 1984. Sin embargo, indagar sobre tal intención resulta indiferente ante los argumentos que abonan la interpretación sobre la que venimos haciendo fe.

Al reiterar que el artículo 863 no tiene carácter imperativo, ello equivale a decir que no existiría impedimento alguno para que al momento de la división y partición de la masa hereditaria, los herederos pudiesen asumir los créditos de la herencia en porcentajes distintos a los de sus respectivas cuotas. No olvidemos que el artículo mencionado, al tener carácter dispositivo, es una norma supletoria de la autonomía de la voluntad. Así, los coherederos podrían dividirse los créditos como mejor les parezca, pues a nadie perjudicarían (a diferencia de lo que ocurre con las deudas de la herencia).

Dentro de tal orden de ideas, estimamos que en el Derecho Sucesorio carece de sentido una norma como el artículo 863, el mismo que constituye una irrelevante demasía.

En conclusión, los coherederos gozan de la más absoluta libertad para proceder a la división y partición del crédito de la herencia, en la forma que lo juzguen conveniente.

Así, los herederos podrían dividirse el crédito en porcentajes distintos a sus participaciones en la sucesión, o asignarlo sólo a algunos de los herederos, o asignarlo exclusivamente a uno de ellos. Lo anterior sólo determinaría la forma como el titular o titulares del crédito estarían facultados para cobrarlo.

No obstante, lo señalado no afecta —en lo absoluto— los derechos del deudor o codeudores de dicha obligación, porque los acreedores herederos han ejercitado legítimamente la autonomía de su voluntad.

Así las cosas, cabría preguntarse cómo o cuándo serían aplicables para los herederos del acreedor o de uno de los acreedores los principios del Derecho de Obligaciones, específicamente los numerales 1174, 1177 y 1187.

Su aplicación práctica sólo se podría presentar de manera supletoria a la voluntad de los herederos del acreedor o coacreedor que hubiera fallecido, si dichos herederos no disponen algo distinto en la división y partición del crédito o simplemente omiten pronunciarse sobre la acreencia.

Los artículos del Derecho de Obligaciones también resultarían aplicables si, tratándose de una sucesión testamentaria, el acreedor o coacreedor causante simplemente no se hubiera pronunciado en su testamento sobre la acreencia.

Ello, en razón de que existiría indivisión respecto del crédito. En tal sentido, los deudores deberían proceder de igual forma como si el acreedor o coacreedor no hubiera muerto, entendido esto respecto al crédito indiviso. De esta forma, la sucesión podría cobrar a los deudores conforme lo establezca el título constitutivo de la obligación.

Por lo demás, resulta evidente que los deudores de la sucesión no se verían perjudicados al respecto en lo más mínimo, pues deberán pagar en la forma convenida con el causante.

### *7.2.1. Si la obligación es divisible y mancomunada*

Si una obligación es divisible y mancomunada, en ausencia de pacto distinto de los herederos del acreedor o de disposición testamentaria diferente, ella pasaría a los herederos del acreedor como divisible y mancomunada, vale decir, lo haría en la misma condición en que se había contraído.

Sería el caso de un acreedor que tuviera dos deudores obligados al pago de la suma de 40,000 nuevos soles. Si el acreedor muriese y dejase dos herederos (sus dos únicos hijos, por ejemplo), cada uno de ellos tendría derecho a cobrar a cada deudor la suma de 10,000 nuevos soles, es decir un total de 20,000 nuevos soles, en la medida en que heredasen en iguales porcentajes. Si uno de los hijos hereda el 60% y el otro el 40%, el primero cobraría un total de 24,000 nuevos soles y el segundo 16,000 nuevos soles.

### *7.2.2. Si la obligación es divisible y solidaria*

Siempre en el supuesto de ausencia de pacto diferente entre los herederos del acreedor o de disposición testamentaria en sentido diverso, si la obligación fuese divisible y solidaria, pasaría a los herederos del acreedor como divisible y mancomunada, pues la divisibilidad se hereda como tal y la solidaridad no.

### *7.2.3. Si la obligación es indivisible y mancomunada*

En el mismo entendido del punto precedente, si la obligación fuera indivisible y mancomunada, se heredaría en aquella condición, esto es como indivisible, lo que equivale a decir que cada heredero sería acreedor por el íntegro de la prestación.

### *7.2.4. Si la obligación es indivisible y solidaria*

Y, por último, si la obligación fuese indivisible y solidaria, y en el mismo presupuesto de los tres acápites anteriores, la acreencia pasaría a los herederos del causante como indivisible y mancomunada, aplicándose las reglas de la indivisibilidad (en virtud de lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 1181 del Código Civil y su referido, el artículo 1177 del mismo Código).

Esta situación legal obedece fundamentalmente a la naturaleza jurídica de la indivisibilidad, la que determina que no haya otra solución viable. Tal situación también se presentaría, desde luego, en el caso de la indivisibilidad ficticia, esto es la constituida por pacto.

En el supuesto de una obligación indivisible y solidaria, y tal como antes lo señalamos, la indivisibilidad se heredaría y la solidaridad no. Y al no heredarse la solidaridad, la obligación pasaría, por este efecto, como mancomunada, razón por la cual, al resultar aplicables las reglas de la divisibilidad a las obligaciones mancomunadas, tendríamos la concurrencia de los principios de las obligaciones indivisibles y divisibles. Pero, como resulta evidente, tal concurrencia de ambas categorías sería incompatible y por ello prevalecen las normas de la indivisibilidad.

De ahí que en el caso de la solidaridad —donde sí existe alternativa, puesto que dicho carácter no está referido al objeto, sino a la forma

como se han obligado las partes entre sí y respecto de la contraparte – el Código resuelve en sentido inverso.

### 7.3. Comentarios finales

Como vemos, de lo expuesto se deduce que el tema tratado no ofrece, necesariamente, soluciones pacíficas, y que es imprescindible efectuar una aplicación razonada e interdisciplinaria de los principios que informan tanto al Derecho Sucesorio como al Derecho de Obligaciones.

Resulta sumamente claro, dentro de la lógica del ordenamiento jurídico peruano, que tanto los créditos como las deudas de una persona se regirán conforme a lo dispuesto en el título constitutivo de la obligación. Sin embargo, la situación plantea diversos matices cuando se inicia el proceso sucesorio, vale decir a la muerte del causante.

En virtud de los principios legales vigentes en nuestro país, de la lógica y de la razón, a la muerte de una persona su patrimonio se encuentra en situación de indivisión, lo que equivale a decir que estamos en presencia de una masa hereditaria indivisa, de la cual son titulares, en tal condición, todos los herederos del causante.

Esa masa hereditaria es un patrimonio autónomo, respondiendo, en su integridad, por todas las deudas que se mantuvieran respecto de terceros acreedores, quienes gozan del derecho de oponerse a que los herederos procedan a efectuar una división y partición, en tanto no se hubieran pagado las deudas de la herencia. Ello, en virtud de lo dispuesto esencialmente por los artículos 871, 872, 875 y 876 del Código Civil.

Así, una deuda hereditaria sólo podría ser materia de división y partición en caso de que los acreedores de la herencia no se hubieran opuesto a ello.

De ser éste el caso, los coherederos podrían efectuar la división y partición de la deuda conforme lo estimaran conveniente a sus intereses. Lo que no podrían lograr es imponer a los acreedores el contenido de ese acuerdo, si éstos lo objetaran.

Ante esa situación, los acreedores podrían cobrar, a su elección, conforme al título constitutivo de la acreencia o de acuerdo a lo pactado en la división y partición.

Similares consideraciones en torno a los derechos de los acreedores serían aplicables en caso de que se tratara de una sucesión testamentaria, respecto de aquello que hubiera dispuesto el causante (deudor o codeudor) en torno a la deuda y sus diversos herederos.

En este caso, los acreedores del deudor no gozan de derecho alguno para alterar o influir sobre la voluntad del testador, siendo evidente que si dicho testador, a pesar de haber otorgado testamento no hubiese hecho referencia en torno a las deudas, regirían para este caso similares principios que los que inspiran el tema en la sucesión intestada.

Si el deudor causante hubiera hecho división y partición asignando el pago de la deuda por parte de uno de sus herederos, resulta evidente que de acuerdo con esa disposición testamentaria, si bien no podría ser objetada por los acreedores, éstos gozarían de la opción entre cobrar su crédito conforme a lo dispuesto por el testador o, si tal situación no les resultara conveniente, hacerlo conforme lo dispone el Derecho de Obligaciones. Si la obligación fuese divisible y mancomunada, podrían cobrar de manera divisible, al igual que si fuese divisible y solidaria; si fuera indivisible y solidaria podrían cobrar de manera indivisible; y, por último, si la obligación fuese indivisible y mancomunada, podrían cobrar de manera indivisible.

Por otra parte, en lo que atañe al aspecto activo de la obligación, no resultaría factible que cada heredero (mediando indivisión) pudiera cobrar (de acuerdo a su participación porcentual en la masa hereditaria) los créditos de la herencia. La cobranza sólo podría efectuarse, antes de pagados los pasivos, para incorporar su monto a la masa indivisa.

Por lo demás, el principio de división de los créditos hereditarios de manera proporcional a las participaciones en la herencia (enunciado por el artículo 863 del Código Civil Peruano), no constituye norma imperativa, sino tan sólo dispositiva, y en ningún caso podría vulnerar derecho alguno de los acreedores de la sucesión.

De lo expuesto debe concluirse en que los principios del Derecho de Obligaciones en torno al tema tratado tienen que concordarse con los del Derecho Sucesorio, buscando una interpretación orgánica y armoniosa, en plena consonancia con el orden público y en pleno resguardo

de los intereses de los acreedores, deudores y terceros vinculados por la relación obligacional.

## 8. CONSOLIDACIÓN ENTRE EL ACREEDOR Y UNO DE LOS DEUDORES

La consolidación o confusión es el acto por el cual concurren en una misma persona las calidades de acreedor y deudor de una obligación. Esta figura está regulada como una de las formas de extinción de las obligaciones, prevista por el Código Civil Peruano en sus artículos 1300 y 1301. Tal como lo establece la primera de las normas citadas, la consolidación puede producirse respecto de toda la obligación o de parte de ella.

Si opera la consolidación entre el acreedor y uno de los deudores de prestación indivisible, de acuerdo con el artículo 1178 del Código Civil —norma propia de las obligaciones indivisibles— no se extingue la obligación respecto de los demás codeudores, pudiendo el acreedor (excodeudor) exigir la prestación sólo si reembolsa a los codeudores el valor de la parte que les corresponde en la obligación, o si garantiza su reembolso. Como dice Raymundo M. Salvat,[105] la confusión no extingue la obligación indivisible, salvo que alcance a la totalidad de los deudores y acreedores. Así, a entender del citado autor, mientras la calidad recíproca de deudor y de acreedor por una sola deuda no los afecte a todos y quede alguno fuera de ella, se podría derivar hacia él el cumplimiento de la prestación indivisible; solución para la que se tiene en cuenta que únicamente la imposibilidad del cumplimiento por partes mantiene a los coacreedores pendientes de la ejecución a uno solo de ellos, o concentra en cualquiera de los codeudores el cumplimiento por todos. Agrega Salvat que, como principio de excepción, solamente se aplica a las situaciones derivadas de la naturaleza indivisible de la prestación y que el fenómeno de la confusión es independiente de la naturaleza de la prestación, y no imposibilita el cumplimiento cuando no afecta a la totalidad de las partes. Estos principios son también compartidos por Llambías.[106]

---

105 SALVAT, Raymundo M. *Op. cit.*, tomo II, pp. 47 y 48.

106 LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, tomo II-A, p. 517.

Vamos a plantear un ejemplo para este caso.

Tres deudores deben a un acreedor común un vehículo valorizado en 60,000 nuevos soles. El deudor 1 es hijo único y huérfano de madre, pero existen otros dos codeudores en la relación obligacional ajenos a cualquier eventual sucesión *mortis causa*. El padre del deudor 1 es el acreedor. Éste fallece y por tanto el deudor 1, al convertirse en único heredero de su padre (el acreedor), consolida en su persona las calidades de acreedor de la totalidad de la deuda y de deudor de parte de ella. Es ahora ese hijo, convertido por las circunstancias en acreedor, quien puede exigir el cumplimiento de la prestación a sus antiguos codeudores. Pero no sería justo que esos dos deudores deban ejecutar por su cuenta y costo el íntegro de la prestación (que antes se dividía respecto de tres codeudores). Aun más, uno de esos tres codeudores que contrajo la obligación es ahora acreedor del íntegro de la prestación. Por tanto, la ley le exigirá que entregue a cada uno de dichos codeudores la suma de 20,000 nuevos soles (su parte en la obligación original) o garantice su entrega, para que, a su turno, pueda exigir la entrega del vehículo avaluado en 60,000 nuevos soles. Sin embargo, vale la pena aclarar que seguimos en presencia de una obligación indivisible y que, por tanto, cada uno continúa respondiendo por el íntegro del vehículo (sin perjuicio de la restitución de los 20,000 nuevos soles por el excodeudor del bien indivisible y hoy acreedor).

Naturalmente que en el caso de los contratos de prestaciones recíprocas, la cantidad de dinero que deba reintegrar el acreedor (ex-codeudor) se verificará con un aumento en el monto de su prestación (contraprestación) respecto de la obligación de cuyo estudio nos estamos ocupando.

Debemos aclarar en este punto que el Código está haciendo alusión —a través del artículo 1178— a las obligaciones indivisibles pero mancomunadas.

El texto del referido precepto es el siguiente:

> Artículo 1178.- «*La consolidación entre el acreedor y uno de los deudores no extingue la obligación respecto de los demás codeudores. El acreedor, sin embargo, sólo puede exigir la prestación reembolsando a los codeudores el valor de la parte que le correspondió en la obligación o garantizando el reembolso*».

## 9. NOVACIÓN Y OTRAS FORMAS DE EXTINCIÓN DE OBLIGACIONES ENTRE EL DEUDOR Y UNO DE LOS ACREEDORES

El artículo 1179 del Código Civil Peruano establece reglas relativas a las consecuencias que se producirían en caso de realizarse una novación, compensación, condonación, consolidación o transacción entre el deudor y uno de los coacreedores de prestación indivisible.

El texto de la norma citada es el siguiente:

> *Artículo 1179.- «La novación entre el deudor y uno de los acreedores no extingue la obligación respecto de los demás coacreedores. Estos, sin embargo, no pueden exigir la prestación indivisible sino reembolsando al deudor el valor de la parte de la prestación original correspondiente al acreedor que novó o garantizando el reembolso.*
>
> *La misma regla se aplica en los casos de compensación, condonación, consolidación y transacción».*

Prescribe la referida norma que si entre el deudor común y uno de los acreedores ocurriese alguno de esos actos, él extinguiría la obligación, pero solamente para dicho acreedor, mas no para los otros coacreedores. Éstos, a su turno, no podrían exigir la prestación indivisible al deudor común, salvo que le reembolsaran el valor de la parte de la prestación original correspondiente al acreedor interviniente en tales actos o garantizaran su reembolso.

El sentido del precepto es que al deudor que practicó dicho acto con uno de los coacreedores, no se le podrá exigir un doble cumplimiento de prestaciones. En efecto, por un lado deberá ejecutar el íntegro de la prestación novada —para referirnos tan sólo al caso de la novación— con el acreedor respectivo; y, por el otro, ejecutar la prestación original con los demás coacreedores, pero exigiendo el reembolso de la parte del acreedor con quien novó o la garantía de dicho reembolso. En caso contrario estaría cumpliendo con exceso la prestación a la que se obligó.

No obstante haber ilustrado al artículo 1179 del Código Peruano con un ejemplo relativo a la novación, debemos dejar en claro, tal como antes lo expresamos, que esta norma resulta también de plena aplicación a los supuestos de compensación, condonación, consolidación y

transacción, de conformidad con lo previsto por el segundo párrafo del numeral citado.

## 10. CONVERSIÓN DE OBLIGACIÓN INDIVISIBLE EN OBLIGACIÓN DE INDEMNIZAR

El artículo 1180 del Código Civil, contempla el caso de la obligación indivisible cuyo incumplimiento obedezca a causas imputables a alguno o algunos de los codeudores.

El texto del referido artículo es el siguiente:

> Artículo 1180.- «*La obligación indivisible se resuelve en la de indemnizar daños y perjuicios. Cada uno de los deudores queda obligado por el íntegro de la indemnización, salvo aquellos que hubiesen estado dispuestos a cumplir, quienes sólo contribuirán a la indemnización con la porción del valor de la prestación que les corresponda*».

En la hipótesis planteada en la citada norma, la obligación se resolverá en la de indemnizar daños y perjuicios (si éstos se hubiesen generado). En tales supuestos, los codeudores responsables ya no estarán obligados a pagar el valor de la prestación, sino una indemnización por los daños y perjuicios que le hubiesen causado al acreedor o a los acreedores de la misma.

Adicionalmente, dicho artículo establece que cada uno de los codeudores a cuya culpa se deba el incumplimiento quedará obligado por el íntegro de la indemnización, mientras que cada uno de los codeudores que hubiese estado dispuesto a cumplir con la prestación, solamente contribuirá a la indemnización de los daños y perjuicios con la proporción o porcentaje del valor de la prestación que le corresponda.

El Código Peruano, en el artículo 1180, dispone que este porcentaje se refiere al valor de la prestación, lo que podría conducirnos a entender que se está aludiendo a la prestación original (aquélla que se incumplió) y no a la indemnización de daños y perjuicios a que haya lugar. Sin embargo, consideramos que la interpretación correcta es que los codeudores no culpables deberán por concepto indemnizatorio solamente su parte proporcional del valor de su participación en la prestación incumplida,

pero entendida, sin duda, como parte integrante de la indemnización global de daños y perjuicios que se deberá al acreedor precisamente por la inejecución de la obligación.

Conviene aclarar que en las relaciones internas entre los codeudores, si algún codeudor culpable asume el íntegro de la indemnización, podría repetir contra los otros codeudores culpables por sus partes. Y que, si un codeudor no culpable se ve obligado a pagar su parte de la prestación, pero el bien indivisible estaba en posesión de uno de los culpables, o el codeudor no culpable estaba dispuesto a cumplir, tendría el derecho de repetir contra el culpable por su parte de la prestación que, en vía de daños y perjuicios, hubiera pagado al acreedor.

Pensamos que habría sido aconsejable que el Código Civil recogiera en el texto del artículo 1180 una precisión, en el sentido de que en las relaciones internas entre los codeudores sólo los culpables asumen el íntegro de la indemnización a que haya lugar; no obstante lo cual no existe otra solución jurídicamente correcta.

Estas últimas consideraciones también las hacemos aplicables al supuesto del artículo 1195, relativo a las obligaciones solidarias, el mismo que será analizado posteriormente.

Advertimos desde ahora, sin embargo, que para el caso de los daños y perjuicios en las obligaciones solidarias, el segundo párrafo del artículo 1195 del Código Peruano establece que el acreedor podrá pedir su resarcimiento solamente al codeudor responsable del incumplimiento, o, de ser varios los responsables, demandarlos a todos ellos de manera solidaria.

Debemos precisar que dicho segundo párrafo del artículo 1195, con la solución señalada, podría aparentar ser contradictorio con el primer párrafo, ya que éste eventualmente daría a entender que responden solidariamente tanto los codeudores culpables de la inejecución como aquellos no culpables de la misma, en tanto que el segundo parecería establecer que sólo responderían solidariamente los codeudores culpables. Esta, sin duda, constituiría una evidente contradicción, la misma que sería susceptible de generar erróneas interpretaciones de la norma.

El sentido correcto del precepto, empero, es que el incumplimiento de la obligación por causa imputable a uno o varios deudores, determina que cada uno de los no culpables sólo esté obligado a pagar, por

concepto de daños y perjuicios, hasta el monto del valor del íntegro de la prestación incumplida, mientras que el culpable o los culpables responden no sólo por el íntegro de tal valor, sino por cualquier excedente indemnizatorio a que tenga derecho el acreedor.

La norma citada, por lo demás, tampoco señala en forma explícita el derecho del codeudor no culpable que pagó para exigir la restitución contra el codeudor culpable.

Sin perjuicio de lo anotado sobre las obligaciones solidarias, conviene revisar las reglas sobre la responsabilidad de los codeudores en la obligación indivisible.

En primer lugar, cabe señalar que cuando se inejecuta una obligación, ello puede obedecer a que la prestación devino en imposible por culpa de alguno o algunos de los deudores. Pero también puede ocurrir que ese incumplimiento culposo no se haya generado por la imposibilidad de ejecución, sino simplemente porque no se deseó cumplir o no se cumplió con la prestación.

Si luego del incumplimiento la ejecución de la prestación todavía resultase posible, sería evidente, a menos que fuera necesario emplear violencia contra las personas de los deudores, que el acreedor, si lo estima conveniente, demande en la vía judicial la ejecución forzosa de la obligación, además de los daños y perjuicios ocasionados.

En caso contrario, es decir si la obligación que no se ejecutó devino en imposible por culpa de alguno o algunos de los deudores, el único camino que le quedaría al acreedor sería el demandar una indemnización por los daños y perjuicios sufridos.

En caso de que se llegara a ejecutar la prestación originaria, los codeudores tendrían derecho a exigir al acreedor el pago de la correspondiente contraprestación, si la hubiere. En caso de que no se llegara a ejecutar la prestación originaria, también resulta claro que dichos codeudores no podrían exigir la contraprestación, si la hubiere.

Por lo demás, es claro que si la prestación originaria resulta exigible y de cumplimiento posible, los codeudores obligados responderían de manera indivisible por la misma, pues así se obligaron.

Lo que queremos dejar sentado es que la discusión sobre el carácter de divisible o indivisible no versa en este caso sobre la prestación

originaria en sí, la que es indivisible sin lugar a dudas, sino sobre el carácter que tendría la prestación indemnizatoria por concepto de los daños y perjuicios ocasionados al acreedor común.

Esta obligación, al ser dineraria y, por esencia, divisible, también mantendría tal carácter para los codeudores no responsables en la inejecución de la obligación, quienes sólo responderían por daños y perjuicios por el monto proporcional que les corresponda en la prestación incumplida; mientras que los codeudores culpables responderían por el íntegro de la indemnización, siendo evidente que en las relaciones internas entre los codeudores sólo los culpables asumirían la indemnización debida.

## 11. APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE LAS OBLIGACIONES SOLIDARIAS A LAS OBLIGACIONES INDIVISIBLES

El artículo 1181 del Código Civil Peruano de 1984, constituye, a nuestro entender, una norma sumamente idónea, ya que su finalidad es determinar nítidamente las más importantes consecuencias jurídicas de la indivisibilidad y de la solidaridad. En este tema el Código Peruano está a la avanzada, pues no es usual que los cuerpos legislativos contengan tales precisiones. El texto del citado numeral es el siguiente:

> *Artículo 1181.– «Las obligaciones indivisibles se rigen, además, por los artículos 1184, 1188, 1192, 1193, 1194, 1196, 1197, 1198, 1199, 1203 y 1204.*
>
> *Si la obligación indivisible es solidaria, se aplican las normas de la solidaridad, así como lo dispuesto por el artículo 1177».*

En el primer párrafo del artículo 1181 se contempla el supuesto de una obligación indivisible y mancomunada, que, como hemos expresado en ocasiones anteriores, se rige por los preceptos de la indivisibilidad.

Y ello porque la obligación mancomunada no tiene reglas propias en el Código Civil y, en virtud de lo dispuesto por el artículo 1182, se regula por las normas de las obligaciones divisibles (artículos 1172, 1173 y 1174). De modo tal que a una obligación indivisible y mancomunada tendrían que aplicarse, en rigor, conjuntamente los principios de las obligaciones indivisibles y divisibles; pero como la indivisibilidad destruye a la divisibilidad, sólo rigen las normas de las obligaciones indivisibles.

Podemos afirmar que existen determinados preceptos de las obligaciones solidarias, que, por su naturaleza, también resultan indispensables para la solución de problemas susceptibles de plantearse en las obligaciones indivisibles, obligaciones que no contienen normas propias respecto de esos temas particulares.

Así las cosas, para completar el tratamiento de las obligaciones indivisibles, hubiera sido necesario, de no existir la norma de remisión del primer párrafo del artículo 1181, repetir en el título correspondiente a las obligaciones indivisibles, textos similares a los previstos por los artículos 1184, 1188, 1192, 1193, 1194, 1196, 1197, 1198, 1199, 1203 y 1204, para las obligaciones solidarias. Y ello hubiese sido indispensable a fin de no dejar al acaso ciertas situaciones jurídicas que genera la indivisibilidad.

De allí la razón del primer párrafo del artículo 1181.

Sin embargo, hay que subrayar que tales principios se aplican simplemente por ser comunes a las obligaciones indivisibles; es decir, se trata de normas que, en estricto, se habría debido legislar también en sede de obligaciones indivisibles. No se piense que por esa aplicación (dada, repetimos, por ser principios comunes a las obligaciones indivisibles y a las obligaciones solidarias) las obligaciones indivisibles y mancomunadas tienen algo de solidarias.

Por otra parte, cabe advertir que el segundo párrafo del artículo 1181 del Código Civil Peruano considera que si la obligación indivisible es solidaria, se aplican las normas de la solidaridad, así como lo dispuesto por el artículo 1177. Este precepto está destinado a resolver el no poco frecuente caso de que una obligación sea, simultáneamente, indivisible y solidaria.

Está claro que ésta constituye la manera más conveniente de obligarse para el acreedor (en el caso de pluralidad de deudores), a la par que la más gravosa para los diversos codeudores frente a uno o varios acreedores comunes.

Hemos señalado que las obligaciones solidarias se rigen, en ciertas ocasiones, por normas distintas de aquéllas que corresponden a las obligaciones indivisibles. Es verdad que en algunos casos los efectos de ambas obligaciones son semejantes, mientras que en otros no lo son. Ejemplo de este último supuesto sucede en el caso previsto por los artí-

culos 1177 y 1187, los que nos hacen ver que mientras la indivisibilidad se hereda en esta condición, la obligación solidaria no se hereda en la misma condición, sino en calidad de mancomunada (ello, naturalmente, con las enormes salvedades naturales de los principios del Derecho Sucesorio, estudiadas en su oportunidad).

Pero en relación al resto de normas, la situación que legislativamente es solucionada por el segundo párrafo del artículo 1181, en la práctica ofrece algunos inconvenientes adicionales.

No obstante la bondad del principio contenido en el segundo párrafo del artículo 1181 del Código Civil, pues él constituye una norma pertinente, fundada en estrictas razones de certeza y de economía legislativa, lo consideramos imperfecto.

Luego de efectuar un minucioso análisis de cada una de las reglas de las obligaciones solidarias, que en virtud de lo dispuesto por el referido segundo párrafo del artículo 1181 se aplicarían a las obligaciones en que concurran las calidades de indivisible y solidaria, llegamos a la siguiente conclusión: No todas las normas de las obligaciones solidarias son susceptibles de aplicarse al supuesto de una obligación indivisible y solidaria, ya que en dichos casos, por la naturaleza indivisible de la prestación, lo propio sería regularlas por los preceptos de la indivisibilidad.

Así vemos que el artículo 1187, norma propia de la solidaridad, no rige cuando una obligación es a la vez indivisible y solidaria; ya que en este caso, en virtud de lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 1181, va implícito que al aplicarse el numeral 1177, se deja de lado al artículo 1187; pero ello no se señala con claridad suficiente. Aunque este principio jurídico, sin duda, es absolutamente idóneo.

No sucede lo mismo con relación al artículo 1189, referido a la posibilidad de que uno de los codeudores practique con el acreedor común una novación, una compensación, una condonación o una transacción, respecto de la obligación, pero limitándose a la parte de dicho codeudor. Como regla propia de la solidaridad, no sería posible aplicarla a las obligaciones de prestación indivisible, pues dichos actos no pueden negociarse parcialmente, dada la naturaleza de la prestación.

Lo propio ocurre con el segundo párrafo del artículo 1190, norma de solidaridad activa, cuando se ubica en el supuesto de que tales actos

hubieran sido realizados entre el deudor común y uno de los acreedores, pero limitándose a la parte que corresponda a este último.

En relación al artículo 1191, precepto propio de la solidaridad, al establecer que la consolidación operada en uno de los acreedores o deudores solidarios sólo extingue la obligación en la parte correspondiente al acreedor o deudor, deviene en incompleta, y no regula el tema contemplando la naturaleza propia de las obligaciones indivisibles. En tal sentido, el artículo 1191, para el caso de las obligaciones indivisibles y solidarias, nos parece incompleto e insuficiente, razón por la cual consideramos necesario aplicar a las mismas lo dispuesto por los artículos 1178 y 1179, segundo párrafo, que sí regulan de manera adecuada el tema de la consolidación en las obligaciones indivisibles.

Además, observamos que el artículo 1200, norma propia de la solidaridad, deviene en inaplicable cuando nos encontramos en presencia de una obligación que reúna a la vez las condiciones de indivisible y solidaria, pues en este caso, dada la naturaleza de la indivisibilidad, resultaría imposible que el acreedor renunciara a la indivisibilidad en favor de uno de los deudores, salvo que se tratara del caso de una indivisibilidad por pacto o que decidan desnaturalizar el bien.

Lo mismo ocurre con el artículo 1201, norma propia de la solidaridad, que regula el supuesto del acreedor que renuncia a la solidaridad respecto de uno de los deudores, cuando alguno de los otros fuese insolvente, precepto que, a todas luces, resulta inaplicable si la obligación es, además de solidaria, indivisible, con la salvedad de la indivisibilidad contractual, también susceptible de renuncia.

Luego de haber visto los preceptos de solidaridad que no pueden aplicarse cuando una obligación es además indivisible —no obstante lo establecido por el segundo párrafo del artículo 1181—, nos corresponde señalar que tal como lo hemos dejado entrever anteriormente, existen determinados preceptos de las obligaciones indivisibles, que deberían ser de aplicación a una obligación cuando reúna a la vez las condiciones de indivisible y solidaria.

En primer lugar, el artículo 1177, relativo a la manera o condición en que se hereda la indivisibilidad, norma que acertadamente incluye el artículo 1181 del Código Civil en su segundo párrafo, la misma que desplaza, como ha sido anotado, al artículo 1187, precepto propio de la solidaridad.

Adicionalmente, como dijimos en su momento, consideramos que deberían también aplicarse a las obligaciones que simultáneamente sean indivisibles y solidarias, los artículos 1178 y 1179, segundo párrafo, preceptos propios de las obligaciones indivisibles, los mismos que desplazan por incompleto e insuficiente, al artículo 1191, que debe ser privativo de la solidaridad.

En tal sentido, creemos que hubiese sido mejor la siguiente redacción para el artículo 1181:

> *Artículo 1181.– «Las obligaciones indivisibles se rigen por sus propias normas y por los artículos 1184, 1188, 1192, 1193, 1194, 1196, 1197, 1198, 1199, 1203 y 1204.*
>
> *Si la obligación indivisible es solidaria, se aplican los artículos 1177, 1178 y 1179 y, además, las normas de la solidaridad, salvo en este último caso, lo dispuesto por los artículos 1187, 1189, 1190, segundo párrafo, 1191, 1200 y 1201».*

# Título VI
# OBLIGACIONES MANCOMUNADAS Y SOLIDARIAS

## 1. OBLIGACIONES MANCOMUNADAS

Tal cual hemos advertido, en materia de obligaciones de sujeto plural existen cuatro combinaciones posibles: obligaciones divisibles y mancomunadas; obligaciones divisibles y solidarias; obligaciones indivisibles y mancomunadas; y obligaciones indivisibles y solidarias.

Es más, toda obligación de sujeto plural tiene que ser necesariamente de una de esas cuatro categorías. No existe una quinta combinación, ni tampoco la posibilidad de encontrar una obligación divisible que sólo sea divisible o una indivisible que sólo sea indivisible.

Las divisibles, además de ser divisibles, necesariamente son mancomunadas o solidarias; y las indivisibles, además de ser indivisibles, necesariamente son mancomunadas o solidarias. No existe la posibilidad de encontrarnos con una obligación que no reúna estos criterios.

Por eso la calificación es doble. Primero, hay que determinar la divisibilidad o indivisibilidad; y esa divisibilidad o indivisibilidad se obtiene en razón de los criterios que la imponen: naturaleza, múltiplos (número de deudores y/o acreedores) y, por último, eventuales pactos de indivisibilidad.

Tales criterios nos conducen a concluir si la obligación es divisible o indivisible; y ellos son distintos a los que nos permitirán determinar si la obligación es mancomunada o solidaria.

Ahora bien, de acuerdo a la primera de las combinaciones previstas, una obligación puede ser divisible y mancomunada a la vez.

Nuestro Código Civil no contempla definición alguna para las obligaciones mancomunadas. Tampoco define a las obligaciones divisibles, pero se refiere (a través de su artículo 1172) al crédito y al débito de la prestación. No obstante ello, podríamos decir, con Pedro N. Cazeaux y Félix A. Trigo Represas,[107] que son mancomunadas las obligaciones en las cuales el crédito o la deuda se divide entre todos los acreedores y todos los deudores. Puede decirse, además, que las partes de los diversos acreedores o deudores se consideran como constituyendo otros tantos créditos o deudas distintos los unos de los otros.

Una obligación divisible y mancomunada es la división absoluta del crédito y la división absoluta de la deuda. Así, en la obligación divisible y mancomunada el crédito y la deuda se dividen entre tantos deudores como acreedores haya, de manera tal que cada deudor satisface la deuda cumpliendo con su parte y cada acreedor satisface su crédito en cuanto le paguen su parte.

Como hemos visto, el Código Civil regula el tema de las obligaciones divisibles en los artículos 1172, 1173 y 1174.

Las obligaciones mancomunadas, en cambio, sólo tienen una norma que no dice mucho, contenida en el artículo 1182. En ella se establece que las obligaciones mancomunadas se rigen por las reglas de las obligaciones divisibles. El texto del citado artículo es el siguiente:

> *Artículo 1182.- «Las obligaciones mancomunadas se rigen por las reglas de las obligaciones divisibles».*

En consecuencia, si nos encontráramos ante una obligación que reuniese, a la vez, las calidades de divisible y mancomunada, le serán de aplicación las normas de las obligaciones divisibles, porque las obligaciones mancomunadas carecen de normatividad propia, y las mismas se encuentran reguladas por las reglas que rigen a las primeras, en virtud de lo dispuesto por el artículo 1182 del Código Civil.

De esta manera, resulta evidente que el tema de las obligaciones divisibles respecto de las obligaciones mancomunadas, no ofrece

---

107 CAZEAUX, Pedro N. y Félix A. TRIGO REPRESAS. *Op. cit.*, tomo I, p. 648.

ningún obstáculo para su aplicación práctica, puesto que en virtud de lo dispuesto por el artículo 1182 del Código Civil, ambas categorías de obligaciones tienen las mismas consecuencias jurídicas, ya que las normas de las obligaciones divisibles se aplican en su integridad a las obligaciones mancomunadas.

Por otro lado y para concluir este punto, queremos mencionar que existe entre algunos letrados la errónea costumbre de consignar en los contratos, supuestamente para otorgar mayor seguridad al acreedor o a los acreedores, que los deudores se obligan «mancomunada y solidariamente». Sin embargo, ésta es una contradicción, ya que dos o más deudores no se pueden obligar simultáneamente de manera mancomunada y solidaria, pues ambas son formas opuestas de contraer una obligación.

Por nuestra parte pensamos que, de ocurrir este absurdo, debemos concluir en que la obligación que prima es la solidaria, fundamentalmente por razones de costumbre y porque la mancomunidad se presume —y por tanto no había necesidad de pactarla—, mientras que la solidaridad no se presume y sí habría necesidad de estipularla de manera expresa, en caso que se deseara un pacto de estas características.

## 2. REGLAS APLICABLES A LAS OBLIGACIONES SOLIDARIAS

Como hemos señalado en más de una oportunidad, una obligación puede ser divisible y solidaria.

La divisibilidad nos dice que la deuda se divide entre tantos deudores como acreedores haya, es decir, que cada deudor solamente paga su parte y que cada acreedor únicamente cobra su parte.

La solidaridad, en cambio, establece que los acreedores pueden cobrar el íntegro a cualquiera de los deudores (solidaridad pasiva) o el deudor pagar el íntegro a cualquiera de los acreedores (solidaridad activa).

Siendo ello así, en principio una obligación divisible y solidaria constituye una obligación en donde el crédito y la deuda se dividen y a la vez no se dividen.

Las reglas de la divisibilidad y la solidaridad son como el agua y el aceite. No podemos mezclarlas, no es posible aplicar unas normas de una figura y de la otra.

La solidaridad implica fortaleza para el cobro, ya que permite cobrar todo a un solo deudor, a varios o a todos. La divisibilidad, por

el contrario, implica debilidad para el cobro. Esta importante diferencia hace que las reglas que se apliquen cuando la obligación sea a la vez divisible y solidaria, sean las de la solidaridad. En este caso, entonces, la solidaridad se impone.

El Código Civil Peruano distingue —como ha sido precisado en su momento— las consecuencias de la indivisibilidad y de la solidaridad, regulando ambas obligaciones en Títulos distintos del Libro pertinente. Tal situación, si bien es seguida por la generalidad de cuerpos legislativos de nuestra tradición jurídica, no es unánime.

De acuerdo al régimen del Código Civil Peruano de 1984, si la obligación indivisible es solidaria, se aplicarán las normas de la solidaridad, así como lo dispuesto por el artículo 1177, según el cual la indivisibilidad también opera respecto de los herederos del acreedor o del deudor (artículo 1181). Sin embargo —como hemos visto— esta norma peca por exceso y por defecto.

En relación a las analogías y diferencias entre las obligaciones indivisibles y las obligaciones solidarias, podemos efectuar una clasificación, tomando como base al Código Civil Peruano de 1984, aclarando, previamente, que en las obligaciones de ambas clases existe pluralidad de sujetos, bien como deudores, bien como acreedores, o en ambas condiciones simultáneamente; que la causa del origen de la deuda o de la acreencia de todos es la misma; que es el mismo objeto el que deben todos los deudores o el que constituye la acreencia de todos los acreedores; y que existe pluralidad de vínculos entre los diversos sujetos de la relación obligacional, sea ésta pasiva o activa.

Son propias de las obligaciones indivisibles las reglas consignadas por los artículos 1176, 1177, 1178, 1179 y 1180. También son normas que corresponden a la indivisibilidad, los preceptos sobre la solidaridad previstos por los artículos 1184, 1188, 1192, 1193, 1194, 1196, 1197, 1198, 1199, 1203 y 1204.

Son propios de las obligaciones solidarias las reglas consignadas por los artículos 1183, 1184, 1185, 1186, 1187, 1188, 1189, 1190, 1191, 1192, 1193, 1194, 1195, 1196, 1197, 1198, 1199, 1200, 1201, 1202, 1203 y 1204.

En consecuencia, las normas comunes entre las obligaciones indivisibles y solidarias, son las consignadas por los artículos 1184, 1188, 1192, 1193, 1194, 1196, 1197, 1198, 1199, 1203 y 1204.

Y, por consiguiente, los preceptos de las obligaciones solidarias que difieren de las obligaciones indivisibles, son los artículos 1176, 1177, 1178, 1179 y 1180, propios de estas últimas, cuyas soluciones son contrarias a los principios de las obligaciones solidarias previstos, respectivamente, en los artículos 1185, 1187, 1190, 1191 y 1195.

A su turno, son preceptos propios de la solidaridad y ajenos a la indivisibilidad, los artículos 1183, 1186, 1189, 1200, 1201 y 1202.

Lo anterior nos permite señalar que si realizamos una comparación en paralelo de las obligaciones indivisibles y solidarias en el Código Civil, podemos analizarlas en veintitrés rubros distintos. En esos veintitrés temas vamos a encontrar muchas coincidencias, ya que en algunos se van a aplicar las normas de la solidaridad, pero en algunos otros se van a aplicar las normas de la indivisibilidad.

Prevalecen, sin duda, las normas de la solidaridad, pero ello no significa que sólo se aplique un artículo de la indivisibilidad (como erróneamente lo dice el segundo párrafo del artículo 1181 del Código Civil); se aplican varios artículos de indivisibilidad, de donde se sigue que, en estricto, ambas conviven.

Así, cuando tengamos una obligación indivisible que a la vez sea solidaria, no podemos aplicar exclusivamente las normas propias de las obligaciones solidarias o las normas propias de las obligaciones indivisibles. La aplicación de unas u otras reglas dependerá del supuesto concreto. Usualmente se aplicarán reglas de las obligaciones solidarias y, a su vez, reglas de las obligaciones indivisibles.

## 3. LA SOLIDARIDAD Y LA PRESUNCIÓN DE MANCOMUNIDAD EN LAS OBLIGACIONES CON PLURALIDAD DE SUJETOS

Cuando en la legislación nacional se trata el tema de la solidaridad, las normas referidas a ella, es decir los artículos 1183 a 1204, constituyen la base normativa general que resulta de aplicación a todos aquellos casos en que, dentro de las legislaciones especiales —vale decir, dentro de aquellas otras áreas del Derecho, distintas al Derecho Civil—, se establezca por ley o por contrato la solidaridad.

Esta afirmación no es novedosa, pues ella resulta evidente, si recordamos el texto del artículo IX del Título Preliminar del Código Civil, norma que señala que: «*Las disposiciones del Código Civil se aplican*

*supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza».*

En tal sentido, es conveniente recordar que si bien existen múltiples normas legales en las cuales se establece la solidaridad (fundamentalmente en su aspecto pasivo), no se halla en el ordenamiento jurídico nacional ningún otro cuerpo de normas sustantivas en donde se brinde tratamiento orgánico a la materia.

Además, es importante precisar que el concepto de solidaridad que se maneja en el Derecho Peruano es uno relativamente uniforme, con independencia de aquello que con respecto a la solidaridad se regula en materia de fianza, tema que no constituye objeto de este estudio.

Dentro de tal orden de ideas, resulta incuestionable que la normatividad de los artículos 1183 a 1204 del Código Civil es aquélla que brinda el soporte teórico a la solidaridad en todo el Derecho Peruano.

Por lo demás, resultaría teórica y prácticamente absurdo que la legislación nacional brindara un soporte normativo extenso y repetitivo sobre la materia en otras áreas del Derecho, lo que sería contrario a los principios más elementales de economía legislativa. Similar proceder sigue la legislación nacional en muchos otros aspectos, tales como los contratos en general, los contratos típicos, el acto jurídico, los derechos reales, etc.

### 3.1. Las fuentes de la solidaridad

Como sabemos, sólo es posible hablar de solidaridad cuando nos encontramos en presencia de obligaciones de sujeto plural, vale decir, de aquellas obligaciones en las cuales tenemos pluralidad de sujetos, ya sea en la parte pasiva de la relación obligatoria, es decir, pluralidad de deudores; o en la parte activa de dicha relación, es decir, pluralidad de acreedores; o pluralidad tanto en la parte pasiva como en la parte activa de la obligación, vale decir, pluralidad de deudores y plur2alidad de acreedores.

Ello obedece a que cuando nos encontramos ante un solo deudor y un solo acreedor, no es posible referirnos a las obligaciones divisibles, indivisibles, mancomunadas y solidarias, las mismas que, estando reguladas en los Títulos V y VI de la Sección Primera del Libro De las Obligaciones del Código Civil, sólo son aplicables a los supuestos mencionados.

En este sentido, hay que partir de la idea de que toda la estructura de este tema en el Derecho nacional se basa en el principio *favor debitoris*, entendido en su acepción más amplia, es decir, que esa estructura no se construye en perjuicio de los deudores, sino en su beneficio, de modo tal que las situaciones y circunstancias desfavorables a dichos deudores, necesariamente tendrán su origen en la naturaleza de las prestaciones, o en el pacto entre las partes, o en la propia ley.

Habiendo formulado estas precisiones, corresponde señalar cuáles son las fuentes de la solidaridad en el Perú, es decir, las formas como ella nace, y sus efectos, tratando, en este último tema, de las relaciones entre el acreedor y los codeudores solidarios y de las relaciones de los codeudores solidarios entre sí, así como de las relaciones entre el deudor y los coacreedores solidarios y de las relaciones de los coacreedores solidarios entre sí.

Generalmente la solidaridad nace en virtud de la voluntad, unilateral o plurilateral.

Un caso de voluntad unilateral sería aquél en que se constituyera la solidaridad por testamento. Sin embargo, el supuesto más frecuente es el de la solidaridad que nace por pacto. Concretamente nos estamos refiriendo a la solidaridad constituida contractualmente. Cabe recalcar que en estos casos la solidaridad deberá estar expresada de manera manifiesta y concreta, pues de lo contrario, o en la duda, se tendrá a la obligación por no solidaria (es decir, por mancomunada).

Pero la solidaridad también puede nacer de la ley. En este caso es claro que una norma legal puede ordenar que determinadas personas sean deudoras solidarias de otra u otras. Por lo general, esta solidaridad proviene de la responsabilidad contractual, de la responsabilidad civil extracontractual o de normas de carácter tributario.

Se dice que la solidaridad es legal cuando existe de pleno derecho, en virtud de una norma jurídica. Esto se conoce con la denominación de solidaridad legal, la que, como la convencional, no existe sino en los casos en que la ley expresamente la establece. Constituyendo la solidaridad una excepción al principio de la división de la deuda y obligando a cada uno de los deudores por el todo, es evidente que agrava su situación y, por tanto, sólo podía existir cuando la ley así lo estableciera expresamente.

En la legislación peruana hay numerosos casos de solidaridad legal. Por ejemplo, los diversos autores de un acto ilícito responden solidariamente por los daños y perjuicios, a tenor del artículo 1983 del Código Civil.

Por último, algunos tratadistas aceptan como fuente de la solidaridad las resoluciones judiciales. Se afirma que la solidaridad también puede constituirse por decisión judicial que tenga fuerza de cosa juzgada.

Pero quienes sostienen esta tesis olvidan que las resoluciones judiciales no son sino la aplicación del derecho a los hechos que alegan y prueban las partes; cuando una resolución judicial condena solidariamente a varias personas, no es porque ella cree solidaridad, sino porque ésta resulta de la voluntad de las partes, por los contratos o por la voluntad unilateral, o de la ley.

En conclusión, las únicas fuentes de la solidaridad son la voluntad y la ley.

### 3.2. Presunción de mancomunidad

A través del artículo 1183 del Código Civil se establece que la solidaridad no se presume; únicamente en virtud de la ley o del título de la obligación se le puede establecer en forma expresa:

> *Artículo 1183.- «La solidaridad no se presume. Sólo la ley o el título de la obligación la establecen en forma expresa».*

En la legislación peruana, entonces, es indispensable que la solidaridad conste de manera expresa.

¿Y esto qué significa? Pues que al igual que en el tema de las obligaciones divisibles e indivisibles, el ordenamiento jurídico peruano no parte de la idea de que las obligaciones de sujeto plural, sobre todo aquéllas en las que exista pluralidad de deudores, deban tener una regulación que sea lo más gravosa o perjudicial contra los referidos codeudores.

En otras palabras, así como en sede de obligaciones divisibles e indivisibles la regla es la divisibilidad y la excepción está constituida por la indivisibilidad, en sede de obligaciones mancomunadas y solidarias la regla es la mancomunidad y la excepción es la solidaridad.

La solidaridad constituye pues una excepción al Derecho común: el principio general es la división de la deuda entre los que se obligan conjuntamente; pero, en virtud de la solidaridad, se impide la división

de la obligación entre los codeudores. Ante el silencio de las partes, la obligación debe considerarse como mancomunada.

Así, la razón del citado precepto radica en la grave onerosidad que representa para uno o varios deudores el obligarse respecto de uno o varios acreedores de manera solidaria. En tal sentido, la ley ni siquiera permite que la solidaridad se deduzca, a través de un proceso lógico, de la interpretación del acto o norma legal constitutiva de la obligación, sino exige que la solidaridad conste de manera expresa. De lo contrario, la obligación se tendrá por mancomunada.

El principio de no presunción de la solidaridad es muy antiguo. El Código nacional lo ha seguido por considerar que la solidaridad no constituye una situación normal en las obligaciones. Lo normal es que una obligación sea mancomunada. Toda obligación, a menos que la ley, el pacto o la voluntad unilateral la constituyan en solidaria, nace mancomunada. Entonces, si la regla es que toda obligación nazca con el carácter de mancomunada, ¿cómo podríamos aducir que en la duda se presuma solidaria?

Como expresa José León Barandiarán:[108] «Se presume la mancomunidad, porque la solidaridad importa una regla de excepción. Si la prestación en que consiste la obligación es divisible, lo natural es que los acreedores o los deudores concurran por iguales partes; la facultad de cualesquiera de aquéllos de exigir el total del crédito, o el deber de cualesquiera de éstos de hacer un pago íntegro, significan un especial beneficio para los acreedores en el primer caso, y un especial gravamen para los deudores en el segundo caso».

Podríamos señalar que en esta materia, como en tantas otras del Derecho Civil, se ha mantenido vigente el principio de que la duda favorece al deudor; razón por la cual se debe decidir, ante tal duda, por la mancomunidad.

### 3.3. ¿Qué es la solidaridad y por qué la ley peruana es en extremo cuidadosa con su aplicación?

No compartimos aquellas teorías clásicas que intentan analizar la naturaleza jurídica de la solidaridad a través del mandato y la represen-

---

108 LEÓN BARANDIARÁN, José. *Op. cit.*, pp. 124-126.

tación, ya que las mismas son, a nuestro modo de ver, simples intentos de explicar la solidaridad sobre la base de figuras con distinta naturaleza. De más está decir que el punto en el cual se quiebran totalmente estas teorías es en el caso de la solidaridad legal, ya que al ser ésta impuesta por la ley y no provenir de la voluntad de los particulares, no cabe la menor duda de que entre los codeudores o coacreedores solidarios no existe ni podría existir mandato expreso o tácito alguno.

Creemos que la manera adecuada para explicar la naturaleza jurídica de la solidaridad no es fácil de encontrar. Sin embargo, consideramos que Guillermo A. Borda es quien orienta el camino correcto. Borda expresa que la solidaridad es eso, simplemente la solidaridad. Nosotros creemos lo mismo.

El Derecho es una construcción que se ha edificado y se edifica con el paso de los siglos. Las normas positivas, vale decir las leyes, recogen en muchos casos figuras o instituciones que ha impuesto la realidad en las sociedades durante ese devenir del tiempo.

Sin duda, los Códigos Civiles del mundo recogen de principio a fin una serie de temas cuya construcción no es mera idea de los legisladores, sino que son impuestos por la propia naturaleza, como es el caso de los derechos de las personas, la familia y otros que en Derecho Civil no patrimonial han sido creados por los hombres, y que los legisladores se han encargado de plasmar en normas positivas, las cuales intentan ser un fiel reflejo de la vida.

Si ingresamos al vasto campo del Derecho Civil patrimonial, encontraremos también muchos temas que son fruto o reflejo de las necesidades sociales, de la vida misma; siendo resultado del desarrollo de las relaciones humanas y que el Derecho se ha limitado a plasmar legislativamente lo que la vida diaria de los hombres ya había construido.

Es evidente que existirían la compraventa, la permuta o la donación, sin necesidad de regla legal alguna. Las sociedades no necesitan de un Código Civil ni de una ley que les diga qué es una compraventa, qué es una permuta o qué es una donación.

Pero si bien es cierto que en los casos mencionados es la realidad la que impone determinados preceptos en las normas positivas, existen otras figuras cuya elaboración y perfeccionamiento ha sido fruto, en

igualdad de condiciones, no sólo de la realidad sino de las construcciones teóricas de los juristas. Este campo, igual de vasto que el anterior, constituye lo que se conoce con el nombre de la Teoría General del Derecho Civil.

Respecto de los actos jurídicos y los contratos, si nos detenemos un momento a analizar sus orígenes legislativos, si nos detenemos a analizar la puridad de conceptos que las normas de los Códigos han ido adquiriendo con el paso de los siglos, ese análisis nos demostrará que muchos de esos conceptos no son solamente construcciones de las sociedades y de los hombres comunes y corrientes. Son construcciones teóricas, las mismas que han aparecido fundamentalmente por la labor de los hombres de Derecho.

Muchos de los aspectos de la teoría general de los actos jurídicos y de la teoría general de los contratos son, sin lugar a dudas, construcciones teóricas destinadas a hacer más justo, ordenado y eficaz el ordenamiento jurídico, a imprimir el sello de equidad a las relaciones de los hombres; pero dudamos de que se pueda decir que su inclusión en los ordenamientos positivos se haya debido únicamente a la presión social y no a la mano de juristas y de políticos.

Pero la Teoría General del Derecho Civil, y especialmente la del Derecho Civil patrimonial, se vuelve más abstracta, obviamente, en el Derecho de las Obligaciones. Si bien es cierto que los hombres se obligarían, sin necesidad de que los Códigos regularan el tema, a dar, a hacer y a no hacer determinadas prestaciones, podríamos preguntarnos si igual claridad encontrarían los seres humanos comunes y corrientes cuando estuviesen frente a obligaciones alternativas o facultativas o cuando estuvieran ante una obligación divisible o indivisible.

Pero aun así, más allá de la indivisibilidad por pacto, que —como hemos visto— no es sino una ficción jurídica de los últimos siglos, la divisibilidad o indivisibilidad son impuestas por la naturaleza de las prestaciones, por la naturaleza de las cosas, y no por la voluntad del hombre.

¿Pero acaso ocurre lo mismo con la solidaridad?

En verdad, el tema más complicado del Derecho de las Obligaciones, aún más que el de la indivisibilidad, es el de la solidaridad, la misma que no nace fundamentalmente de la presión social ni de las relaciones

entre los particulares. No puede dudarse de que el tema de la solidaridad constituye la mayor abstracción jurídica de todo el Derecho Civil. La solidaridad no es lo que el hombre común quiere que sea. No es lo que la sociedad quiere que sea; por la sencilla razón de que los hombres y las sociedades, más allá de algunas ideas difusas, no conocen sus verdaderos alcances. La solidaridad no puede existir sin la ley. No se crea por la naturaleza de las cosas ni por la naturaleza de las obligaciones. No existe *per se*. La solidaridad existe por la voluntad de los juristas y legisladores, y es lo que ellos mismos han definido como tal.

El tema de la solidaridad no se concibe, pues, sin la ley.

La solidaridad y todas sus consecuencias jurídicas constituyen una de las más perfectas construcciones del Derecho en general. La solidaridad es una respuesta del Derecho a la necesidad de crear la forma o manera más conveniente en que se obliguen varios deudores frente a un acreedor común. Es obvio, por ello, que la utilidad práctica de la solidaridad se basa fundamentalmente en el aspecto pasivo de la misma. La solidaridad activa es simple y llanamente una derivación teórica y una consecuencia natural de la existencia de la solidaridad pasiva. La solidaridad activa está allí porque existe la pasiva. Es el complemento teórico del problema; la otra faceta del mismo, el sello de la moneda.

Esta construcción teórica tiene por fin resguardar los intereses del acreedor; está destinada a crear la forma más perfecta y segura de contraer un crédito. La solidaridad apunta, pues, implícitamente, a satisfacer la finalidad fundamental del Derecho de las Obligaciones, vale decir, que las propias obligaciones se cumplan.

Y es este propósito principal de la solidaridad, el que ha hecho que la misma se perfeccione con el paso del tiempo y que genere un paulatino proceso de adecuación de sus normas a ese fin último.

La solidaridad es, fundamentalmente, la figura más representativa del ideal de perfección en el Derecho de las Obligaciones. La solidaridad es la solidaridad. Decir algo distinto implicaría no entenderla y tratar de explicarla sobre la base de aquello que sí está al alcance de la generalidad de los conocimientos del Derecho. La solidaridad es en sí misma, como abstracción teórica, un esfuerzo intelectual, un ideal.

Entonces, como podemos apreciar, la solidaridad es algo muy serio. La condición de codeudor solidario de una obligación, no es

una circunstancia graciosa que pueda asignarse voluntariamente a las personas a manera de juego o por puro placer.

No cabe duda de que el hecho de ser codeudor solidario de una obligación implica, junto con la circunstancia de ser codeudor indivisible de una relación obligatoria, una de las circunstancias más graves en las que pueda encontrarse un codeudor.

Pero en muchos aspectos la condición de codeudor de obligación solidaria viene a ser más gravosa o severa que la condición de codeudor de prestación indivisible.

Dentro de tal orden de ideas es que el ordenamiento jurídico nacional se ha cuidado de establecer con pulcritud en el artículo 1183 del Código Civil (norma que como ya hemos señalado resulta aplicable supletoriamente a todos los casos de solidaridad regidos por todas las áreas del Derecho nacional), que la solidaridad no se puede presumir, indicando también aquellos casos en los cuales puede decirse que una obligación tiene la condición de solidaria.

### 3.4. ¿Y en qué casos una obligación es solidaria?

Como ya lo señalamos, solamente en dos casos:

a) Cuando la ley establece la solidaridad en forma expresa;

b) Cuando el título de la obligación la establece en forma expresa.

En el caso de la ley, resulta evidente que el Código Civil está empleando la expresión *ley* en su sentido amplio, es decir, como sinónimo de norma legal.

Esto equivale a decir que la solidaridad puede ser impuesta en el Derecho Peruano por cualquier norma legal de carácter general, la misma que tendrá vigencia dentro del ámbito de su competencia.

Y cuando en el artículo 1183 del Código Civil se alude al *título de la obligación*, no cabe duda de que la norma se está refiriendo al contrato, ya que en realidad la solidaridad sólo puede ser impuesta en materia de actos voluntarios por actos jurídicos bilaterales o plurilaterales de contenido patrimonial, es decir, por contratos. No cabe, pues, en materia de actos jurídicos, la solidaridad impuesta por actos de carácter unilateral, salvo casos extremadamente inusuales, como por ejemplo,

en la constitución testamentaria de un legado que deba cumplirse en forma solidaria.

¿Y qué significa que la solidaridad tenga que establecerse de manera *expresa*?

De acuerdo a la Real Academia Española,[109] la palabra *expreso*, significa «claro, patente, especificado».

De esta forma, *claro* es «aquello que se distingue bien»,[110] en tanto, *patente* es «aquello manifiesto, claro, perceptible»;[111] y, finalmente, *específico* es «algo concreto, preciso, determinado».[112]

En tal sentido, no cabe duda de que cuando el artículo 1183 del Código Civil hace referencia a que la solidaridad debe constar en forma expresa, está aludiendo a que ella tiene que figurar de la manera más clara y objetiva posible, sin existir duda alguna respecto a su existencia o a sus alcances.

Dentro de tal orden de ideas, resulta claro que los únicos casos en que una obligación pueda ser considerada como solidaria, son aquéllos en los cuales el texto legal o contractual establezca, con todas sus letras, que se trata de una obligación *solidaria*, que los deudores se han *obligado solidariamente*, que las partes han pactado *la solidaridad*, o cuando se señale, también de manera expresa, que las partes remiten el tratamiento legal de la obligación contraída a los artículos comprendidos entre los numerales 1183 y 1204 del Código Civil, que son, precisamente, las normas propias de la solidaridad.

Esto equivale a decir que la solidaridad no puede deducirse ni interpretarse.

Ello también significa que el Derecho Peruano veta la posibilidad de que el intérprete de una norma legal o de una cláusula contractual, pueda deducir del texto de las mismas la solidaridad en caso de que no se presentara alguno de los supuestos mencionados anteriormente.

---

109 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*. Madrid: Espasa, 2002, Vigésima Segunda Edición, tomo 5, p. 693, primera columna.

110 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Op. cit.*, tomo 3, p. 382, segunda columna.

111 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Op. cit.*, tomo 8, p. 1154, primera columna.

112 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Op. cit.*, tomo 5, p. 660, tercera columna.

De allí que no se pueda llegar a la conclusión de que determinada obligación *parezca ser* solidaria o *debería entenderse como* solidaria, en virtud de alguna interpretación jurídica.

Las consecuencias de la solidaridad son tan severas para los codeudores que se encuentren en esa condición, que el Derecho Peruano ha restringido en esta materia la interpretación de las leyes y de los contratos al método de interpretación literal.

Esto significa que si la ley o el contrato establecen expresamente la solidaridad, entonces habrá solidaridad; y si no la establecieren expresamente, no habrá solidaridad. En tal caso, sólo deberá entenderse que la obligación es mancomunada.

De esta forma está proscrita en materia de obligaciones de sujeto plural, la solidaridad pactada o establecida en la ley de manera tácita, al extremo de que si se llegara a pactar en un contrato o a establecer en una ley, que los codeudores de una obligación deben cumplirla íntegramente, no podrá deducirse que nos encontramos frente a una obligación solidaria, sino únicamente frente a una obligación de carácter indivisible, tal como puede apreciarse del texto, contenido y alcances de la indivisibilidad legal impuesta para los daños y perjuicios de los codeudores culpables del incumplimiento, conforme al artículo 1180 del Código Civil.

Pero independientemente del hecho de que la solidaridad se establece en forma expresa, es importante subrayar que los alcances de este término se extienden más allá de lo señalado, en el sentido de que si una norma legal o una cláusula contractual estableciesen la solidaridad de manera expresa, será necesario que la contemplen —también de manera expresa— para todos aquellos supuestos en donde se quiera que rija la solidaridad.

Esto significa que de haberse contemplado con carácter expreso la solidaridad para un determinado supuesto entre determinados codeudores y un acreedor, no por tal circunstancia deberá entenderse que las demás relaciones obligatorias —que eventualmente existieren entre esos codeudores y su acreedor común—, también serán de carácter solidario.

Esta afirmación obedece a que no resultaría posible ampliar los alcances de la solidaridad —convenida o establecida para un determinado

supuesto – a otros supuestos en los cuales también existan relaciones jurídicas entre las mismas partes, pero en los cuales estas partes no hubiesen pactado solidaridad o la ley no la hubiese establecido.

Esto significa, en concreto, que en una misma relación contractual o legal, podrá presentarse el caso en el cual algunas de las obligaciones existentes entre las partes tengan carácter solidario y otras mancomunado.

## 4. SOLIDARIDAD PASIVA. OBLIGACIÓN DE LOS DEUDORES CON MODALIDADES DIFERENTES

Puede suceder que los deudores se encuentren obligados con modalidades diferentes ante el acreedor, materia que se encuentra regulada en el artículo 1184, cuyo texto es el siguiente:

> *Artículo 1184.– «La solidaridad no queda excluida por la circunstancia de que cada uno de los deudores esté obligado con modalidades diferentes ante el acreedor, o de que el deudor común se encuentre obligado con modalidades distintas ante los acreedores.*
>
> *Sin embargo, tratándose de condiciones o plazos suspensivos, no podrá exigirse el cumplimiento de la obligación afectada por ellos hasta que se cumpla la condición o venza el plazo».*

El referido artículo, en su primer párrafo, al tratar acerca de la posibilidad de que los deudores o acreedores se hayan obligado con modalidades diferentes para la ejecución de la prestación, se está refiriendo naturalmente a las modalidades de los actos jurídicos, contenidas en los artículos 171 a 189 del Código Civil, esto es al plazo, la condición y el modo.

Lo previsto por el citado artículo 1184 no alterará la situación de solidaridad de la obligación pactada, porque, como decía Manuel Augusto Olaechea, la solidaridad es una modalidad que sólo se refiere al vínculo y no a la naturaleza intrínseca de la prestación; agrega el citado jurista que, precisamente por eso, porque la modalidad solidaria no va al fondo, ella puede existir aunque los acreedores o deudores no estén ligados de la misma manera, requiriéndose únicamente la unidad de objeto de la prestación.

En opinión nuestra, podrá estipularse este tipo de modalidades en una obligación solidaria, pero al celebrarse esta clase de pactos no se

afectará la naturaleza de la obligación. Para ilustrar la materia vamos a utilizar un ejemplo.

El artículo 1184 nos plantea diversas situaciones. El primer caso previsto por la norma es el del plazo. Así, supongamos que dos deudores se han obligado solidariamente frente a un acreedor común al pago de 40,000 nuevos soles. El primero deberá pagar el 1 de septiembre, mientras que el segundo deberá hacerlo el día 1 de octubre. Es claro que la circunstancia de haberse pactado un plazo suspensivo no alterará el hecho de que la obligación sea íntegramente exigible al primer deudor el 1 de septiembre. Ello no ocurriría si el plazo fuese resolutorio, pues en este caso, cuando venza cada plazo, se debería dejar de cumplir aquello que ya se estaba cumpliendo.

Otra hipótesis contenida en el artículo 1184 del Código Civil Peruano, es la de la condición. Podría darse el caso en que los dos deudores del ejemplo anterior se hubieran obligado frente al acreedor común bajo condiciones distintas. Si éste fuese el supuesto, tal situación no destruiría la solidaridad. Sin embargo, es necesario distinguir entre la condición resolutoria y la suspensiva. Si la obligación estuviese sujeta a distintas condiciones resolutorias, mientras ninguna de ellas ocurra, se podrá exigir el cumplimiento íntegro de la prestación a cualquiera de los deudores. Si la obligación estuviese sujeta a condición suspensiva, sería de aplicación el segundo párrafo del artículo 1984, esto es que respecto al codeudor con quien se ha concertado una condición suspensiva sólo le será exigible la obligación cuando ella se cumpla, al igual que con el plazo suspensivo.

Por último, podría darse el caso de que los deudores estén obligados con modalidades diferentes: que el primer deudor se haya obligado a pagar en la ciudad de Lima y el segundo en la ciudad de Ica. Esta situación, evidentemente, no destruiría la solidaridad de la obligación.

Para aclarar conceptos, supongamos que dos deudores se han obligado solidariamente ante tres acreedores a entregarles un automóvil determinado. Pero la obligación no puede ser exigida a todos los deudores en el mismo plazo, ni todos los acreedores pueden exigir el cumplimiento de la obligación en el mismo plazo. Supongamos también que estos plazos son suspensivos, y que el primer deudor deberá entregar el automóvil sólo a partir del 1 de abril y el segundo deudor,

sólo a partir del 31 de mayo; mientras que, por otro lado, el primero de los acreedores no podrá exigir el cumplimiento de la obligación, sino a partir del 1 de abril, mientras que el segundo y tercer acreedores sólo lo podrán hacer a partir del 31 de mayo.

El día 1 de abril ocurrirá que sólo uno de los deudores estará obligado a ejecutar la prestación y que sólo uno de los acreedores podrá cobrarla. El otro deudor no podrá ni deberá ejecutarla, en la misma medida en que los otros dos coacreedores solidarios no podrán exigir su cumplimiento en esa fecha.

Pero si el primer acreedor decide exigir el cumplimiento de la obligación, sólo podrá hacerlo respecto del deudor cuyo plazo suspensivo ha vencido (el 1). De ocurrir esa situación, este deudor se encontrará en la obligación de entregar (pagar) el íntegro de la deuda contraída, vale decir, el automóvil, no pudiendo oponerse a dicho cumplimiento invocando la situación de que su codeudor y los otros dos coacreedores se han obligado con modalidades diferentes. Siguiendo la norma del artículo 1184 del Código Civil Peruano, en su primer párrafo, la solidaridad no queda excluida por tal circunstancia.

En virtud de lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 1184, vemos que los acreedores no podrán exigir a ninguno de los deudores (ni siquiera a aquel cuyo plazo ya venció) el cumplimiento de la obligación; al igual que el deudor cuyo plazo no ha vencido, quien no deberá cumplir frente a ninguno de los acreedores (ni aun respecto a aquel cuyo plazo suspensivo ya venció). Y exactamente lo mismo sucederá si nos encontramos ante condiciones suspensivas.

Si se tratase de una obligación indivisible y solidaria, no existiría problema, ya que en virtud de lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 1181, sería de aplicación la norma del artículo 1184. Y lo mismo ocurriría si la obligación fuese indivisible y mancomunada, por remisión del citado artículo 1181.

## 5. CLASES DE OBLIGACIONES SOLIDARIAS

Existen tres clases de solidaridad: La solidaridad activa, la solidaridad pasiva y la solidaridad mixta.

La solidaridad activa, poco usual, es aquélla en la que existe pluralidad de acreedores solidarios ante un deudor común. Esta clase de

solidaridad nace de la voluntad de las partes —aunque teóricamente también podría ser legal—.

El artículo 1185 regula la manera en que este tipo de obligación solidaria se cumple. Su texto es el siguiente:

> *Artículo 1185.- «El deudor puede efectuar el pago a cualquiera de los acreedores solidarios, aun cuando hubiese sido demandado sólo por alguno».*

La solidaridad pasiva es aquélla en la cual existe pluralidad de deudores obligados solidariamente frente a un acreedor común. Esta solidaridad surge, por lo general, del pacto entre las partes y de la ley.

Hay solidaridad pasiva cuando la prestación debida por varios deudores puede ser íntegramente exigida a cualquiera de ellos. Se trata, en consecuencia, de una obligación única a cargo de varios deudores, de suerte que uno cualquiera puede ser obligado a efectuar un pago íntegro, liberatorio para todos con relación al acreedor.

La solidaridad pasiva tiene por objeto otorgar al acreedor la mayor seguridad: en lugar de un deudor único, habrá dos, tres o más; su derecho de prenda general, en lugar de estar limitado a un patrimonio, descansará sobre una serie de patrimonios.

Este tipo de solidaridad se encuentra regulado en el artículo 1186, cuyo texto señala:

> *Artículo 1186.- «El acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente.*
>
> *Las reclamaciones entabladas contra uno, no serán obstáculo para las que posteriormente se dirijan contra los demás, mientras no resulte pagada la deuda por completo».*

La lectura de la citada norma nos permite percibir que la solidaridad pasiva aumenta considerablemente las probabilidades de cumplimiento de la obligación, puesto que en caso de insolvencia de uno de los codeudores, el acreedor podrá exigir la prestación a los otros; sólo la insolvencia de todos los codeudores hará imposible, para el acreedor, cobrar su crédito.

La solidaridad pasiva, en este orden de ideas, constituye la más sólida garantía personal. La solidaridad entre deudores, al lado de la

fianza, representa la más eficaz garantía personal del pago y el más poderoso medio de crédito.

El tercer tipo de solidaridad, llamada solidaridad activa y pasiva o solidaridad mixta, implica la existencia de una pluralidad de acreedores y de deudores solidarios. Esta última clase es la menos frecuente.

Lo anterior nos permite señalar que cuando se habla de la utilidad de la solidaridad, se hace referencia fundamentalmente a la solidaridad pasiva y a la solidaridad mixta; ello, en tanto lo más importante en materia de obligaciones solidarias es encontrarnos frente a una pluralidad de patrimonios en la parte pasiva de la obligación.

En la solidaridad activa no hay ventajas porque cualquiera que fuera el número de acreedores, ello en nada cambiaría los beneficios para cobrar fácil y expeditivamente, salvo que exista un solo deudor y que ese deudor sea insolvente.

En un supuesto como el planteado, la utilidad de la solidaridad se referirá fundamentalmente a las facilidades de representación para cobrar que tendrán los acreedores, pero no a los patrimonios que pueden atacar.

Esta situación es distinta en los casos en que la solidaridad es pasiva o mixta. En tales supuestos, los acreedores o el acreedor común tienen frente a sí una pluralidad de patrimonios, es decir la posibilidad de exigir el cumplimiento de la obligación a más de un sujeto, a más de un patrimonio.

Como es evidente, lo anterior no significa que necesariamente dos o más patrimonios sean mejor que uno. Podría ocurrir que los deudores sean personas insolventes y, en consecuencia, que el acreedor o los acreedores no tengan la posibilidad de cobrar la prestación a la que tienen derecho. Caso contrario ocurriría si se tratase de un solo deudor que sí cuenta con solvencia económica.

Aclarado este concepto no podemos negar que por una cuestión estadística, usualmente el o los acreedores tendrán mayores probabilidades de cobrar cuando haya pluralidad de deudores, trátese de la solidaridad pasiva o mixta. El o los acreedores tendrían, lo reiteramos, más patrimonios contra los cuales dirigirse para hacer efectiva su obligación.

Durante mucho tiempo, cuando se intentó explicar la naturaleza jurídica de la solidaridad, ésta se quiso entender a través de la figura de la representación. Así, se sostenía que en esencia la solidaridad era una especie de representación.

Esa teoría, sin embargo, ya no se encuentra vigente, y hoy la naturaleza jurídica de la solidaridad sólo se entiende a través de la solidaridad misma. No hay otra figura que explique a la solidaridad, simplemente porque —como lo reconocen la doctrina, la legislación y la jurisprudencia— ella es una figura con autonomía conceptual.

Por último, resulta conveniente resaltar que en las obligaciones solidarias, si bien es cierto que se le puede exigir el íntegro a cualquiera de los deudores de la prestación, no es menos cierto que el o los acreedores no tienen la obligación de cobrar ese íntegro. Los acreedores podrían aceptar un pago fraccionado, a menos que se desnaturalice la prestación.

En buena cuenta, el hecho de que una obligación sea solidaria no impide cobrar de manera fraccionada, salvo que la obligación fuese indivisible por la naturaleza de la prestación o por la teoría de los múltiplos, casos en los cuales, obviamente, no cabría pago fraccionado.

En una obligación indivisible y solidaria, sólo se podría cobrar parcialmente si la indivisibilidad fuese ficticia, esto es, cuando la prestación fuese divisible por naturaleza, pero indivisible por pacto.

Cabe advertir que de aceptar el pago fraccionado, al acreedor le convendría efectuar una reserva en el recibo, pues de lo contrario el cobro implicaría una renuncia a la solidaridad respecto de ese deudor.

Resulta necesario aclarar que cuando hablamos de «renuncia a la solidaridad», no nos estamos refiriendo a la renuncia a la solidaridad con respecto a todos los deudores, sino a la renuncia respecto de aquél a quien se le recibió su parte en la relación interna.

Precisa aclararse que la reserva de la solidaridad no implica que se tengan que agotar las vías para cobrar a los demás deudores y recién volver a cobrar el saldo al deudor respecto del cual se efectúo la reserva. El o los acreedores se encuentran facultados para cobrarle directamente y en cualquier momento dicho saldo.

## 6. TRANSMISIÓN *MORTIS CAUSA* DE LA OBLIGACIÓN SOLIDARIA

El artículo 1187 del Código Civil regula la transmisión *mortis causa* de la obligación solidaria:

> Artículo 1187.- «*Si muere uno de los deudores solidarios, la deuda se divide entre los herederos en proporción a sus respectivas participaciones en la herencia.*
>
> *Regla similar se aplica en caso de muerte de uno de los acreedores solidarios*».

La lectura de la referida norma nos permite advertir que la obligación solidaria no se hereda en la misma condición, sino en calidad de mancomunada. En vista de que ya hemos estudiado este tema de manera detallada al desarrollar las relaciones entre el Derecho Sucesorio y el Derecho de Obligaciones, remitimos al lector a lo allí expuesto con ocasión de nuestro análisis del artículo 1177 del Código Civil.

## 7. SUPUESTOS DE NOVACIÓN, COMPENSACIÓN, CONDONACIÓN Y TRANSACCIÓN TOTAL DE LA OBLIGACIÓN, PRACTICADOS POR EL ACREEDOR COMÚN Y UNO DE LOS DEUDORES EN LAS OBLIGACIONES SOLIDARIAS

El artículo 1188 del Código Civil plantea numerosos supuestos de actos susceptibles de celebrarse entre el acreedor y uno de los deudores solidarios, respecto de la totalidad de la obligación, y las consecuencias que dichos actos acarrean sobre los demás codeudores de la obligación, con respecto al deudor que los practicó:

> Artículo 1188.- «*La novación, compensación, condonación o transacción entre el acreedor y uno de los deudores solidarios sobre la totalidad de la obligación, libera a los demás codeudores.*
>
> *En estos casos las relaciones entre el deudor que practicó tales actos y sus codeudores, se rigen por las reglas siguientes:*
>
> *1.- En la novación, los codeudores responden, a su elección, por su parte en la obligación primitiva o por la proporción que les habría correspondido en la nueva obligación.*
>
> *2.- En la compensación, los codeudores responden por su parte.*
>
> *3.- En la condonación, se extingue la obligación de los codeudores.*

*4.- En la transacción, los codeudores responden, a su elección, por su parte en la obligación original o por la proporción que les habría correspondido en las prestaciones resultantes de la transacción».*

A decir de Alterini, Ameal y López Cabana,[113] a través de dichos actos, que son modos extintivos de las obligaciones, se produce la propagación de sus efectos a los demás codeudores. Ésta es precisamente la regla consignada en el primer párrafo del artículo 1188 del Código Civil. La novación, compensación, condonación o transacción entre el acreedor y uno de los codeudores solidarios, respecto de toda la obligación, libera a los otros codeudores. Esta norma es de claridad meridiana. Merecen análisis meditado, en estos supuestos, las relaciones jurídicas surgidas entre el codeudor que practicó tales actos y los demás codeudores.

El primer supuesto señalado por el artículo 1188 es el de la novación. Por la novación se sustituye una obligación por otra (artículo 1277, primer párrafo, del Código Civil). Según Giorgi,[114] en el caso de la novación entre el acreedor y un deudor solidario, este acto libera a todos los coobligados, pero el acreedor tiene el derecho de subordinar la novación a la condición de que los demás deudores solidarios tomen parte en ella y consientan la nueva obligación. En tal supuesto —opina Giorgi—, si el acreedor exige esta adhesión, y los codeudores rehúsan adherirse al nuevo convenio, subsiste la obligación anterior. Si, por el contrario, los codeudores se adhieren a la novación, es necesario saber si la nueva obligación será igualmente solidaria. Expresa Giorgi que lo será si el acreedor, en el acto de novar, se cuidó de estipular expresamente la solidaridad; en caso contrario será a prorrata, porque la novación extingue del todo la primitiva obligación, haciendo nacer una completamente nueva, en la que readquiere su imperio la regla de que la solidaridad no se presume, sino que debe pactarse expresamente.

Comenta el citado autor italiano que la doctrina francesa coincide en señalar que el acreedor, al celebrar novación con un deudor solidario, no puede, sin el asentimiento de los demás deudores, conservar en

---

113 ALTERINI, Atilio Aníbal, Óscar José AMEAL y Roberto M. LÓPEZ CABANA. *Op. cit.*, tomo II, pp. 218 y 219.

114 GIORGI, Giorgio. *Op. cit.*, vol. I, pp. 151-153.

garantía de la nueva obligación los privilegios y las hipotecas de los bienes mismos, pero niega que les esté prohibido conservar los privilegios e hipotecas cuando concurra el asentimiento de los deudores, a los que pertenezcan los bienes sujetos a los privilegios y a las hipotecas, ratificándose en la opinión del propio Pothier.

Sin embargo, Giorgi considera que la opinión de Pothier es una aplicación inoportuna de los principios rigurosos del *ius civile* romano; recuerda que, en efecto, la novación entre los romanos se verificaba mediante *stipulatio,* y como a la *stipulatio* acompañaban siempre efectos rigurosos, determinaba necesariamente la extinción completa de la obligación y de todos sus accesorios, salvo si el deudor hubiese consentido en impedir la extinción de estos accesorios, en cuanto de él podía depender; pero conservar una hipoteca sobre los bienes no propios del deudor, si bien propios de sus codeudores, no podía ciertamente depender de él.

Agrega Giorgi que no hubiera sobrevenido, por otra parte, este efecto riguroso, si los romanos hubiesen conocido la posibilidad de novar mediante un *pactum*; precisa además que no debería sobrevenir para nosotros, ya que las rigurosas consecuencias de la *stipulatio* no tienen razón de ser en el Derecho moderno, y no es dable entender por qué el acreedor, que podría hacer lo más, esto es no consentir la novación y mantener así la obligación personal del codeudor solidario, cuyos bienes estén sujetos a hipoteca, no pueda hacer lo menos, o sea desligar con la novación al deudor solidario de la obligación personal, pero conservar la garantía hipotecaria sobre sus bienes, pues los principios de Derecho vigentes sobre hipotecas permiten la subsistencia del vínculo hipotecario sobre bienes de un tercero.

Supongamos que existe una obligación entre tres codeudores y un acreedor común, por la cual se le deben 60,000 nuevos soles. El primero de dichos deudores acuerda con el acreedor común novar la integridad de la obligación, para que ya no se deban los 60,000 nuevos soles, sino un automóvil Mercedes Benz usado (que vale 75,000 nuevos soles). De conformidad con lo dispuesto por el inciso 1 del artículo 1188, bajo comentario, los otros codeudores responderán, a su elección, por su parte en la obligación primitiva (es decir, por 20,000 nuevos soles cada uno) o por la proporción que les habría correspondido en la nueva obligación, vale decir, por un monto de 25,000 nuevos soles cada uno.

En este caso, evidentemente, preferirán entregar a su codeudor que efectúo dicha novación, la cantidad de 20,000 nuevos soles cada uno, correspondiente a su parte en la obligación originaria, por ser menor al valor de los 25,000 nuevos soles que correspondería a cada uno en la nueva obligación.

El segundo supuesto del artículo 1188 del Código nacional es el de la compensación (inciso segundo). Por la compensación se extinguen las obligaciones recíprocas, líquidas, exigibles y de prestaciones fungibles y homogéneas, hasta donde respectivamente alcancen, desde que hayan sido opuestas la una a la otra; no opera la compensación cuando el acreedor y el deudor la excluyan de común acuerdo (artículo 1288 del Código Civil).

Supongamos, dentro del mismo ejemplo planteado por nosotros para el caso de la novación, que uno de los deudores haya compensado la totalidad de la deuda mantenida por él y sus dos codeudores con el acreedor común; y que dicha compensación de la deuda que ascendía a 60,000 nuevos soles, se hubiese efectuado frente a otra obligación que mantenía dicho acreedor (deudor en otra obligación) ante el codeudor (acreedor en otra obligación) por un monto de 60,000 nuevos soles. En este caso, los codeudores que no practicaron el acto de la compensación, simplemente no responderán por nada frente al acreedor común, ya que luego de efectuada la compensación, ésta ha sido total (por el íntegro de ambas deudas), pero deberán restituir sus partes a quien opuso la compensación.

En cambio, en una obligación solidaria, si la compensación no hubiese sido por el total, sino que el acreedor común —en otra hipótesis— debiese a los mismos codeudores la suma de 54,000 nuevos soles, en este caso, como resultado de la compensación, se tendría por reducida la obligación, por parte de los tres deudores hacia el acreedor común, a un monto de 6,000 nuevos soles.

En tal caso, y debido al acto celebrado por un deudor frente al acreedor común, los otros codeudores ya no deberían cada uno, en la relación interna, 20,000 nuevos soles, sino sólo 2,000 nuevos soles, pues éste será el resultado de la obligación reducida, quedando obligados, sin embargo, a mérito de la solidaridad, por 6,000 nuevos soles frente al acreedor común.

Si uno de los codeudores solidarios opone la compensación al acreedor por el íntegro de la prestación, de la que es titular, y, por tanto, tal acreedor ve completamente satisfecho su crédito, el codeudor que compensa se subroga al antiguo acreedor, por mandato del artículo 1260, inciso 1, del Código Civil, aplicándose, para resolver sus relaciones jurídicas con quienes fueron sus codeudores, las reglas del pago con subrogación y las previstas por el artículo 1204, relativas a la solidaridad, a las que remite el artículo 1263.

Si la subrogación opera sólo parcialmente, esto es, si el codeudor solidario compensa su parte y algo más, quedando un remanente en favor del acreedor, se aplican las reglas del artículo 1264 (subrogación parcial), y, además, las normas citadas en el párrafo precedente.

Nótese que para este caso, a diferencia del de novación de la totalidad de la obligación, el Código Civil no otorga alternativa a los codeudores; y esto es natural, pues siempre el resultado de la compensación de las obligaciones será el de la extinción de la que alcance menor monto o, en todo caso, el de la extinción total de ambas si su cuantía fuera igual.

El inciso tercero del artículo 1188 plantea el supuesto de la condonación de la totalidad de la deuda, por acuerdo concertado entre uno de los codeudores y el acreedor común.

Es efecto de la condonación que se extinga la obligación, sin perjuicio del derecho de tercero (argumento del artículo 1295 del Código Civil). La condonación implica el perdón de la deuda, y como el artículo 1188 tiene por supuesto el que se trate de la totalidad de la deuda la que constituya objeto de dicho pacto, el efecto será que la obligación se habrá extinguido para todos los deudores, incluso para aquellos que no participaron del acto de condonación (los otros dos), quienes también resultan beneficiados, pues nada deberán.

Adicionalmente podríamos decir que, como no se puede imponer a nadie una condonación, esto es, un acto de beneficencia o de liberalidad, podría darse el caso de que uno de los codeudores no acepte tal condonación. Sin lugar a dudas, el espíritu del inciso tercero del artículo 1188 es que los codeudores acepten la condonación practicada por su codeudor y el acreedor común, y que, en caso contrario, puedan cumplir con su parte. Llegamos a esta conclusión porque es éste, a su turno, el texto y el espíritu de las normas que sobre condonación prevé el Código.

Y también tenemos el caso de la transacción (inciso cuarto del artículo 1188 del Código Civil Peruano). Por la transacción las partes, haciéndose concesiones recíprocas, deciden sobre algún asunto dudoso o litigioso, evitando el pleito que podría promoverse o finalizando el que está iniciado (artículo 1302, primer párrafo, del Código Civil). Sobre este punto, Giorgi[115] anota que el Derecho Romano no determinó los efectos de la transacción con relación a la solidaridad; precisa, sin embargo, que en el Derecho moderno no cabe duda, y lo enseñan casi todos los tratadistas, acerca de que una transacción onerosa estipulada por la deuda entera entre el acreedor y un deudor solidario, no puede nunca recaer en perjuicio de los codeudores; en tanto que, por el contrario, una transacción integral beneficiosa puede resultar en favor de estos últimos, con tal de que quieran aprovecharse de ella.

En el ejemplo que estamos utilizando para efectos del análisis del artículo 1188, ubiquémonos en la hipótesis de que uno de los tres codeudores celebrara una transacción con el acreedor sobre la totalidad de la deuda. De esta transacción (que supone que dicha deuda constituye un asunto dudoso o litigioso) pueden derivarse dos consecuencias: o que el monto debido como resultado de la transacción sea mayor al que el originalmente creían deber los codeudores, o que sea menor. En tal sentido, los codeudores responderán, a su elección, por su parte en la eventual obligación original o por la proporción que les habría correspondido en las prestaciones resultantes de la transacción. Evidentemente, si el resultado de la transacción es por monto menor al que se consideraban obligados, preferirán responder por dicho resultado; y si, por el contrario, resulta siendo un monto mayor, preferirán responder por su eventual participación en la obligación originaria.

Adicionalmente, podríamos decir que la anterior no es la única interpretación posible del texto del inciso cuarto del artículo 1188 del Código Civil. Debe entenderse también que si un codeudor no ha intervenido en la transacción o no se acoge a ella, al hablarse de su parte en la obligación original, que para él continuaría siendo dudosa o litigiosa, tendría el derecho de no acogerse a tal transacción y litigar sobre su parte respecto a la supuesta obligación original. De otra manera tendría que acogerse a la transacción o pagar el íntegro de lo que

---

115 GIORGI, Giorgio. *Op. cit.*, vol. I, p. 155.

—precisamente— para él es dudoso o litigioso, pero respecto de lo cual él no quiere transigir.

Otro problema de interpretación surgiría en la última de las hipótesis previstas en el párrafo anterior, si la prestación dudosa o litigiosa es indivisible y uno de los codeudores quiere litigar. ¿Cómo respondería si pierde el juicio?

Si, por ejemplo, tres deudores («D1», «D2», «D3») se han obligado frente al acreedor común («A»), a entregarle un automóvil que vale 30,000 nuevos soles.

Luego, por considerar que la obligación mencionada tiene el carácter de dudosa o litigiosa, «D1» y «D2» transigen pagando 5,000 nuevos soles cada uno.

Supongamos, además, que «D3» sostiene que nada debe y que prefiere ir a juicio. «D3» pierde el juicio y es condenado a pagar el auto debido originalmente. En estricto cumplimiento del mandato judicial, «D3» deberá entregar el auto al acreedor común.

En un primer razonamiento se podría sostener que «D3» no tendría ningún derecho que reclamar a «D1» y «D2», y que no se estaría configurando un supuesto de enriquecimiento sin causa a favor del acreedor y en perjuicio de «D3», porque litigó y ese fue el resultado del juicio.

Sin embargo, el razonamiento anterior podría ser combatido aduciéndose que esta situación propiciaría la comisión de fraudes entre el acreedor común y los codeudores que transigieron con él, en cuyo caso «D3» sí tendría derecho a plantear acciones de restitución.

No obstante ello, opinamos que el razonamiento más adecuado sería el de considerar que si «D3» perdiese el juicio frente al acreedor común, debería ser obligado únicamente al pago de su parte (en dinero), lo que equivale a decir, dentro del ejemplo, 10,000 nuevos soles.

Esta última sería la solución adecuada al tema, la misma que concordaría plenamente con lo dispuesto en los incisos primero y segundo del artículo 1188 del Código Civil.

Antes de concluir nuestro análisis de los cuatro incisos del artículo 1188, podríamos decir que en el deudor que practicó los actos

previstos por los incisos primero, segundo y cuarto, así como en los otros codeudores solventes, recaería la eventual insolvencia de algún codeudor.

Asimismo, cabe señalar que si la obligación fuese indivisible y solidaria, no habría problema, ya que sería de aplicación el artículo 1188, en virtud de que es una norma propia de la solidaridad, y lo dispuesto por el artículo 1181, segundo párrafo, del Código Civil.

Y si la obligación fuese divisible y solidaria o indivisible y mancomunada, también sería aplicable la norma del artículo 1188, directamente en el primer caso, y por remisión del artículo 1181, primer párrafo, en el segundo caso.

## 8. SUPUESTOS DE NOVACIÓN, COMPENSACIÓN, CONDONACIÓN Y TRANSACCIÓN PARCIAL DE LA OBLIGACIÓN, PRACTICADOS POR EL ACREEDOR COMÚN Y UNO DE LOS DEUDORES EN LAS OBLIGACIONES SOLIDARIAS

El artículo 1188 parte de la premisa de que el o los actos celebrados entre el acreedor común y uno de los deudores solidarios se realizan respecto de la totalidad de la deuda; sin embargo, podría ocurrir que únicamente versen sobre parte ella. Tal hipótesis se encuentra contemplada en el artículo 1189 del Código Civil de 1984:

> *Artículo 1189.- «Si los actos señalados en el primer párrafo del artículo 1188 se hubieran limitado a la parte de uno solo de los deudores, los otros no quedan liberados sino en cuanto a dicha parte».*

El supuesto del artículo 1189 es que se practique alguno de los actos señalados en el primer párrafo del artículo 1188, entre uno de los codeudores solidarios y el acreedor común, pero que no esté referido a la totalidad de la deuda (acreencia), sino solamente a la porción de la misma correspondiente al codeudor que llega a dicho acuerdo con el acreedor común, prescribiendo que en estos casos los otros no quedan liberados sino en cuanto a dicha parte.

En tal sentido, el artículo 1189 contempla los supuestos de novación, compensación, condonación y transacción.

Podríamos decir, siguiendo el ejemplo antes desarrollado, que si uno de los codeudores novase su parte en la obligación con el acreedor común, y ya no debiera 20,000 nuevos soles, sino veinte toneladas métricas de trigo, ese acto no tendría efecto sobre los demás codeudores. Ellos no quedarían liberados sino en cuanto a dicha parte, lo que equivale a decir que los otros dos codeudores (quienes no formaron parte del pacto), ya no deberían solidariamente 60,000 nuevos soles, sino sólo la suma de 40,000 nuevos soles, pues la porción correspondiente al deudor que novó, dejó de formar parte de la obligación originaria. Todo ello, desde luego, en la medida en que la deuda, en las relaciones internas entre los codeudores, sea por partes iguales.

Si se tratase de un supuesto de compensación, y uno de los deudores compensase con el acreedor común su parte en la obligación, los otros, igualmente, sólo deberían de manera solidaria 40,000 nuevos soles, y ya no los 60,000 nuevos soles originales.

En consecuencia, cuando la compensación opera sólo respecto de uno de los codeudores solidarios, por ser el único que mantiene una acreencia con el acreedor común, dicho codeudor se libera por su parte, a mérito de la compensación; el crédito del acreedor se ve reducido por la parte que compensó; los otros codeudores continuarán como solidarios, pero detrayendo la parte de aquél que compensó; y si alguno de estos codeudores es insolvente, también tendría que concurrir a cubrir tal falencia económica el codeudor que se vio liberado por la compensación, en proporción a su porcentaje respecto al íntegro de la prestación original. Se trata, pues, de una simple aplicación de las reglas sobre obligaciones solidarias.

Si estuviésemos ante una condonación entre uno de los codeudores y el acreedor común, esto equivaldría a que el acreedor perdonase (con el asentimiento del deudor) la parte de la deuda de este último con aquél; pero dicho perdón no se extiende a las porciones correspondientes a los otros dos codeudores, razón por la cual, si se perdonase el pago de los 20,000 nuevos soles correspondientes al codeudor que negoció con el acreedor, los otros dos codeudores ya no deberán los 60,000 nuevos soles originarios, sino el monto resultante de la resta de esos 60,000 nuevos soles de los 20,000 nuevos soles condonados, vale decir, 40,000 nuevos soles, tal como ocurre en los supuestos anteriores.

Anota Giorgi[116] que, a pesar de que los autores, en su mayoría, no se ocupan del supuesto en el cual el acreedor celebre una transacción parcial, es decir, restringida a la parte del deudor con el que transige, se manifiesta contrario a esta hipótesis, ya que considera que en este caso la transacción, dado que sea beneficiosa al deudor que transige, sólo podrá invocarse por sus codeudores en la parte del deudor que ha transigido, y considera que el acreedor deberá, dirigiéndose contra los demás, deducir la parte del deudor con el que celebró la transacción, ya que si no hiciere esto perdería el deudor lo conseguido por la transacción, desde el momento en que los otros codeudores recurrirían contra él.

El Código Civil Peruano de 1984, en su artículo 1189, contempla el supuesto a que alude Giorgi, resolviendo el tema afirmativamente. De este modo, si se tratase de una transacción entre uno de los codeudores y el acreedor común, sobre la porción de la deuda de aquél, ocurrirá lo mismo que en los tres ejemplos anteriores, vale decir, que el deudor que negoció solamente deberá el resultado de su transacción con el acreedor, mientras que los otros codeudores deberán solidariamente 40,000 nuevos soles.

En adición a lo expuesto, debe afirmarse que el deudor que practicó los actos a que se refiere el artículo 1189 quedaría obligado por la eventual insolvencia de alguno de sus codeudores.

Por lo demás, nada se opone a que simultánea o sucesivamente se practiquen, respecto a una relación obligacional, la novación, la compensación, la condonación y la transacción.

Si un codeudor ejecuta alguno de los actos previstos por el primer párrafo del artículo 1188, a los que se refiere el artículo 1189, por una prestación diminuta en relación a la que le corresponde dentro de las relaciones internas con sus codeudores, tales actos liberarán a ese codeudor tan sólo por la prestación diminuta a cumplir, pero continuará como obligado solidario respecto al saldo del íntegro de la prestación. Si alguno de sus codeudores es insolvente, se aplicarán las reglas del artículo 1204.

Si el codeudor negocia sobre más de su parte, pero por menos del total, se aplicará respecto de la parte del codeudor que negoció lo previsto

---

116 GIORGI, Giorgio. *Op. cit.*, vol. I, p. 155.

por el artículo 1189, mientras que por el exceso será de aplicación —*mutatis mutandis*— lo previsto por el numeral 1188 del Código Civil.

Y si los actos previstos por el artículo 1189 se efectuasen por dos o más codeudores, quedando otros codeudores obligados, todos estos codeudores quedarán obligados por el saldo, pero las relaciones internas entre los codeudores se regularán de acuerdo con sus porcentajes en la obligación. Si alguno es insolvente se aplicará, sin duda, lo dispuesto por el artículo 1204.

Para concluir, debemos señalar que si la obligación fuese indivisible y solidaria, la norma del artículo 1189 debería ser inaplicable, por la naturaleza de la indivisibilidad, no obstante lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 1181, en el sentido de que si la obligación fuese solidaria e indivisible, se aplican las reglas de la solidaridad. Entendemos este principio como regla, pero la misma tiene excepciones, las que se derivan de la naturaleza propia de la indivisibilidad. Por otra parte, si la obligación fuese divisible y solidaria sería de aplicación, desde luego, el artículo 1189.

## 9. EXTINCIÓN TOTAL O PARCIAL DE LA SOLIDARIDAD ENTRE EL DEUDOR Y UNO DE LOS ACREEDORES

A diferencia de los artículos 1188 y 1189 del Código Civil, que se refieren a la solidaridad pasiva, el artículo 1190 regula los casos de solidaridad activa:

> Artículo 1190.- «*Cuando los actos a que se refiere el artículo 1188 son realizados entre el deudor y uno de los acreedores solidarios sobre la totalidad de la obligación, ésta se extingue respecto a los demás coacreedores. El acreedor que hubiese efectuado cualquiera de estos actos, así como el que cobra la deuda, responderá ante los demás de la parte que les corresponda en la obligación original.*
>
> *Si tales actos se hubieran limitado a la parte que corresponde a uno solo de los acreedores, la obligación se extingue únicamente respecto a dicha parte*».

El primer párrafo de esta norma contempla el supuesto en el cual los actos de novación, compensación, condonación o transacción se

realicen entre uno de los coacreedores solidarios y el deudor común, sobre la totalidad de la obligación.

La solución que plantea el artículo 1190 del Código, en su primer párrafo, es que la obligación se extingue respecto de los demás coacreedores (aquellos que no participaron en dichos actos con el deudor común), a diferencia de la solución prevista para los casos de indivisibilidad, regidos por el artículo 1179.

El precepto dispone, asimismo, que el acreedor que hubiese efectuado cualquiera de estos actos, así como el que cobra la deuda, responderá ante los demás de la parte que les corresponda en la obligación original.

Con respecto a la novación, dice De Gásperi[117] que en este punto también se apartó el moderno Derecho Civil Francés de los principios romanos, lo que se explica por la pluralidad de vínculos y la idea de representación en la solidaridad, preconizada por los redactores del Código Francés, sus exégetas y grandes comentaristas, para quienes, especie de dación en pago la novación, una de cuyas consecuencias es la pérdida de las garantías de la obligación primitiva, no puede ella extinguir sino la parte del acreedor que la hizo. Pero recuerda De Gásperi que Aubry y Rau, apartándose, a su vez, de esta doctrina, enseñan que si la novación consentida por uno de los acreedores solidarios fuese provechosa a los otros, pueden éstos invocarla; doctrina que, admitida por Rodiére, Giorgi y Larombiére es, empero, combatida por Demolombe, Barde y otros, quienes, fundados en el principio según el cual las convenciones no producen efecto sino entre sus otorgantes, juzgan la novación, consentida por uno de los acreedores solidarios con el deudor, como *res inter alios acta* respecto de los otros, agregando, además, el argumento francés de la limitación del mandato recíproco que los acreedores se confieren en la solidaridad.

El Código Civil Peruano de 1984 se adhiere a los principios sostenidos por Aubry y Rau.

Supongamos, a manera de ejemplo, que un deudor se hubiera obligado frente a tres coacreedores solidarios a la entrega 60,000 nuevos soles; que uno de los acreedores hubiese novado la totalidad de la obligación,

---

117 DE GÁSPERI, Luis. *Op. cit.*, tomo II, pp. 86 y 87.

acordando con el deudor común que ya no se entregarán los 60,000 nuevos soles pactados originariamente, sino un automóvil Mercedes Benz, usado, cuyo valor es de 75,000 nuevos soles. En este caso, el acreedor que novó responderá frente a los otros dos acreedores solidarios de la parte que les correspondía en la obligación original. Esto equivale a decir que cada uno de los dos acreedores deberá recibir 20,000 nuevos soles de quien novó.

Si uno de los coacreedores hubiese compensado la totalidad de la obligación con el deudor común, dicho acreedor deberá restituir a cada uno de los otros dos coacreedores, en el mismo ejemplo propuesto, la suma de 20,000 nuevos soles, pues esta cantidad era aquélla que inicialmente se pactó.

Si el acto celebrado entre uno de los coacreedores y el deudor común fuese una condonación sobre la totalidad de la deuda, resulta evidente que ella no deberá perjudicar, en manera alguna, a los coacreedores que no negociaron y celebraron dicho pacto, razón por la cual el acreedor que condonó la obligación al deudor común deberá a cada uno de sus coacreedores la cantidad de 20,000 nuevos soles, monto del cual eran acreedores en la obligación originaria.

Si uno de los coacreedores y el deudor común, en fin, transigieran sobre la totalidad de la deuda, el acreedor que transigió cobrará al deudor común lo resultante de dicha transacción, pero deberá a sus otros dos coacreedores la cantidad originaria, aunque sea dudosa o litigiosa, al igual que en los tres casos anteriores.

La solución del Código Civil coincide con la opinión de José León Barandiarán,[118] cuando expresa lo siguiente: «Y es que, como regla de obvia justificación, cualquier convenio entre el acreedor y uno de los deudores solidarios no puede perjudicar a los otros, agravando, aumentando sus responsabilidades (en tal sentido el artículo 165 del Código de las Obligaciones suizo); como tampoco en caso de solidaridad por concurrencia de acreedores sería admisible convenio alguno de los coparticipantes *credendi* con el deudor común, que disminuyese o perjudicase en alguna forma los derechos de los otros acreedores».

También debemos señalar qué pasaría si uno de los coacreedores solidarios cobrara el íntegro de la deuda.

---

[118] LEÓN BARANDIARÁN, José. *Op. cit.*, tomo II, p. 164.

En este caso el acreedor deberá responder frente a sus otros coacreedores, en cuanto a las partes o valores que les correspondía recibir a cada uno de ellos. Si bien uno de los coacreedores puede cobrar el íntegro, esto no significa que sólo a él le pertenezca el total de la prestación cobrada. Ello podrá ser así si la obligación se constituyó en su exclusivo interés, pero podrá no serlo, caso en el cual deberá restituir a cada uno de sus coacreedores las partes o porciones que les correspondan.

Además, conviene mencionar que la solución dada al tema de la extinción total de la deuda es distinta en el caso de las obligaciones indivisibles (artículo 1176) y en el caso de las obligaciones solidarias (artículo 1190). En el primer supuesto el deudor puede exigir, para cumplir con los otros acreedores de prestación indivisible, que éstos reembolsen o le garanticen el reembolso de la parte de la prestación objeto de los actos previstos por el precepto, salvo que todos los coacreedores, conjuntamente, reciban el pago. En el segundo, no se exige tal requisito. Ello obedece, desde luego, a las distintas consecuencias jurídicas, respecto del pago, entre las obligaciones indivisibles y solidarias. Las prestaciones indivisibles o son cobradas por todos los acreedores o son cobradas por alguno, pero garantizando el pago de su parte a los demás. En las obligaciones solidarias cualquiera de los acreedores puede cobrar el íntegro, sin restricción alguna.

Debemos expresar, además, que si la obligación fuese indivisible y mancomunada, regiría el artículo 1179, por ser de aplicación a las obligaciones indivisibles; si fuese divisible y solidaria, no sería de aplicación el artículo 1179, ya que sólo está referido a la indivisibilidad, sino el artículo 1190, primer párrafo, sobre solidaridad; y si fuera indivisible y solidaria, se aplicaría el artículo 1190, por ser norma propia de la solidaridad, y, además, por la remisión del segundo párrafo del artículo 1181.

El segundo párrafo del artículo 1190 del Código Civil Peruano se refiere a un supuesto similar al del primer párrafo del mismo artículo, pero para el evento de que dichos actos se realicen no sobre la totalidad de la acreencia, sino solamente sobre la parte correspondiente al coacreedor solidario. Esto trae como consecuencia que la obligación se extinga únicamente respecto a la parte del acreedor que celebró dicho acto. El deudor seguirá obligado frente a los otros coacreedores a pagarles solidariamente la cantidad de 40,000 nuevos soles —dentro del ejemplo consignado al referirnos al primer párrafo del precepto—.

Si luego el deudor común deviene en insolvente, el coacreedor que practicó los actos a que se refiere el segundo párrafo del artículo 1190 tendría que restituir a sus coacreedores la porción respectiva de lo recibido. Consideramos que esta solución sería evidente, ya que de optarse por el camino contrario se abrirían las puertas a eventuales fraudes. Por lo demás, aquí se aplicaría, sin duda, lo previsto por el artículo 1204 del Código Civil, que analizaremos más adelante.

Para concluir con este punto, precisa señalarse que si la obligación fuese indivisible y solidaria, no debería aplicarse el artículo 1190, dada la naturaleza de la indivisibilidad, no obstante lo señalado por el segundo párrafo del artículo 1181. Y si fuese divisible y solidaria, sí sería de aplicación el artículo 1190, dada la naturaleza de la divisibilidad.

## 10. EXTINCIÓN PARCIAL DE LA SOLIDARIDAD POR CONSOLIDACIÓN

El artículo 1191 del Código Civil de 1984 regula el supuesto de consolidación en las obligaciones solidarias. Su texto es el siguiente:

> *Artículo 1191.- «La consolidación operada en uno de los acreedores o deudores solidarios sólo extingue la obligación en la parte correspondiente al acreedor o al deudor».*

Esta norma contempla, a su vez, los supuestos de solidaridad activa y solidaridad pasiva.

Respecto de la solidaridad activa se establece que la consolidación operada entre uno de los acreedores y el deudor común, solamente extingue la obligación en la parte correspondiente a dicho acreedor. En relación con la solidaridad pasiva ocurre algo similar, pero a la inversa, puesto que la consolidación operada entre uno de los deudores y el acreedor común, sólo extinguirá la obligación de dicho deudor, pero no las de los demás, frente a los cuales dicho exdeudor se convertirá en el nuevo acreedor; a diferencia del caso anterior, en que el exacreedor se convertirá en deudor de los otros coacreedores.

León Barandiarán[119] cita al jurista argentino Juan Antonio Bibiloni, cuando señala al respecto lo siguiente: «La unión en la misma

---

[119] LEÓN BARANDIARÁN, José. *Op. cit.*, pp. 150 y 151.

persona del crédito y la deuda solidaria, produce una verdadera extinción de ellas por imposibilidad orgánica. No se concibe que un deudor se continúe debiendo a sí mismo. Si el acreedor es, por ejemplo, heredero de uno de los deudores solidarios, no es heredero solamente en la parte de éste en la deuda, es heredero en el todo. Y no es deudor de una parte del crédito. Hay solidaridad: es deudor del todo. La unión es de dos calidades coextensas. Debe todo y es acreedor de todo. Establecer como lo hace el Código francés y lo repite nuestro artículo 866 (se refiere Bibiloni al Código Civil Argentino), que sólo hay extinción por la parte que se tiene según las relaciones internas entre codeudores, es confundir dos cosas perfectamente distintas. La solidaridad, porque lo es, es una vinculación en la que no existen partes. Se da al acreedor o a cada uno de los acreedores una ventaja: la de que cada obligado debe el todo. Por qué se ha comprometido a ello, es asunto ajeno a la relación creditoria. Son negocios que ni se comunican al acreedor, ni le afectan aunque los conozca. Por eso, exigió la prestación de uno por todos, y de todos por uno. A su vez, el deudor frente a sus codeudores, tiene otra clase de relaciones [...] El deudor tendrá o no, en virtud de esa situación, una acción de regreso. El acreedor, un reclamo por todo o parte de lo que su acreedor percibió, o dejó de percibir, o no tendrá ninguno. Esa faz interna se rige por las reglas de la relación que la engendra. No tienen nada que ver con la solidaridad. Si es así, la confusión debe producir su efecto sobre la obligación y debe producirlo sobre las relaciones interiores. La superposición del crédito y la deuda decidirán la extensión de la anulación recíproca. ¿Es por el todo? Por el todo; es la extinción, y en la solidaridad no hay crédito ni deuda, sino por el todo [...] La confusión extingue, pues, toda la solidaridad, si es permitido expresarse así; sólo deja subsistente la acción de regreso, amparada por la subrogación en los derechos del acreedor, que es lo que cabalmente produce la unión de esa calidad con la del deudor».

Como señalaba Pothier,[120] cuando uno de los deudores solidarios se ha convertido en único heredero del acreedor, la deuda no por esto queda extinguida para los otros deudores, pues la confusión *magis personam debitoris eximit ab obligatione, quam extinguit obligationem.* Mas ese

---

120 POTHIER, Robert Joseph. *Op. cit.*, p. 228.

deudor, convertido en heredero del acreedor, no puede exigirla de los otros deudores sino con deducción de la parte a que venía obligado *vis* a *vis* de ellos; y si hay algún insolvente, debe, además, llevar la carga de la parte que le toque en la porción del insolvente; se da lo mismo en el caso inverso, esto es, cuando el acreedor se ha convertido en único heredero de uno de los deudores solidarios.

Por último, debemos señalar que si la obligación fuese indivisible y solidaria, sería de aplicación solamente el artículo 1191 del Código Civil Peruano, en virtud de lo previsto por el segundo párrafo del artículo 1181; si fuese divisible y solidaria no sería de aplicación el artículo 1178, ya que sólo está referido a la indivisibilidad, mas sí el artículo 1191 relativo a la solidaridad; y si fuese indivisible y mancomunada se aplicaría, desde luego, el artículo 1178, referente a la indivisibilidad.

## 11. EXCEPCIONES PASIBLES DE SER OPUESTAS

El artículo 1192 del Código Civil Peruano de 1984, establece lo siguiente:

> *Artículo 1192.– «A cada uno de los acreedores o deudores solidarios sólo pueden oponérseles las excepciones que les son personales y las comunes a todos los acreedores o deudores».*

En el Derecho Procesal se hace una distinción entre defensas y excepciones. Las primeras están destinadas a discutir el fondo del derecho invocado por el demandante, por ejemplo, los vicios de la voluntad, el haber pagado, etc. Las segundas, o sea las excepciones, se relacionan no con el derecho de fondo del demandante, sino con alguna cuestión de forma o de carácter previo; por ejemplo, la excepción de pleito pendiente.

Al hablar de excepciones, es evidente que la norma ha tomado esta palabra no en su sentido técnico, sino en el sentido de defensa o de medios de defensa de los cuales pueden valerse los codeudores solidarios para controvertir el derecho del acreedor. Así se explica que la ley hable de excepciones comunes a todos los deudores y de excepciones propias de cada uno de ellos.

De otro lado, debe señalarse que el artículo 1192 del Código Civil tiene como función especificar cuál es el régimen de las excepciones respecto del tema de la solidaridad.

El sentido del Código, en materia de excepciones, es que sólo podrán ser interpuestas a cada uno de los codeudores o coacreedores solidarios aquéllas que les son personales, entendidas como las que les afectan directamente, y no respecto de sus demás codeudores o coacreedores. Dentro de este mismo razonamiento, le podrán ser interpuestas aquellas excepciones que lo afecten tanto a él como a sus otros codeudores o coacreedores, denominadas comunes.

Al respecto, consideramos de utilidad citar algunos ejemplos que ilustren el supuesto del artículo 1192.

Si uno de los codeudores aduce que el acto jurídico es nulo respecto de él, porque lo celebró siendo un incapaz absoluto, la nulidad no alcanzaría necesariamente a los demás, salvo que dada la naturaleza del acto no resultasen aplicables los principios de nulidad parcial establecidos por el artículo 223 del Código Civil.[121] Si adujera que es anulable respecto de él, por algún vicio de la voluntad, tampoco alcanzaría —necesariamente— a los otros. En cambio, si el codeudor adujese que el acto jurídico celebrado es nulo por defecto de forma, ello sería común, y por lo tanto alcanzaría a todos; y si el juez lo declarara nulo, tal situación trascendería a los demás codeudores, conforme lo establece el artículo 1193.

Los mismos ejemplos mencionados podrían servir para ilustrar el caso de la pluralidad de acreedores.

El problema se presentaría si el deudor tiene éxito en su excepción personal. Evidentemente los demás codeudores solidarios seguirían siendo deudores por el íntegro, pero cabría formularnos la interrogante de si tendrían o no alguna acción contra el liberado, dentro de lo que se denomina «las relaciones internas entre los codeudores». Y el mismo supuesto, pero a la inversa, podría ocurrir entre los coacreedores.

Por nuestra parte, consideramos que en caso de que un codeudor se libere por oponer una excepción que le es personal, habría que distinguir si estamos en presencia de una obligación divisible o ante una de carácter indivisible.

---

121 Artículo 223.- *«En los casos en que intervengan varios agentes y en los que las prestaciones de cada uno de ellos vayan dirigidas a la consecución de un fin común, la nulidad que afecte al vínculo de una sola de las partes no importará la nulidad del acto, salvo que la participación de ella deba considerarse como esencial, de acuerdo con las circunstancias».*

Si estuviésemos en presencia de una obligación divisible, el resto seguiría debiendo el total, pero con deducción de la parte correspondiente a dicho codeudor liberado. En caso de tratarse de una obligación indivisible, tendríamos, a su vez, dos posibilidades. La primera consistiría en que los restantes codeudores, no liberados, siguieran debiendo el íntegro de la prestación original. Se consideraría que cualquier solución que pase por otorgar alguna acción a los codeudores no liberados contra el que se liberó oponiendo una excepción personal, sería injusta respecto de este último, por la sencilla razón de que la ley lo facultó —dado el vicio de origen existente— para liberarse de la obligación y así lo hizo. Cabe precisar que si se tratase de un contrato de prestaciones recíprocas, los codeudores restantes deberían cumplir con el pago del íntegro de la contraprestación. La segunda posibilidad —aquélla en la que nosotros creemos— pasa porque el codeudor que opuso la excepción personal queda liberado, mientras que al otro u otros sólo se les puede reclamar el valor del saldo. Pero como se trata de una prestación indivisible, el acreedor que quisiera cobrarles el íntegro, debería restituirles (en dinero) la porción del liberado por el vicio.

Por último, diremos que si la obligación fuese indivisible y solidaria, no habría problema, ya que regiría el artículo 1192, aplicable a los casos de solidaridad e indivisibilidad. Y si la obligación fuese divisible y solidaria, también se aplicarían los principios de la solidaridad previstos por el artículo 1192.

## 12. EFECTOS DE LA SENTENCIA

Resulta pertinente indicar que, aunque los límites de las resoluciones son desarrollados respecto de la noción de cosa juzgada, lo cierto es que dichos conceptos pueden hacerse extensivos —como de hecho lo hace la doctrina mayoritaria— a todas las resoluciones judiciales.

Ana María Arrarte Arisnabarreta[122] señala que el tema del límite de la cosa juzgada —que, reiteramos, puede hacerse extensivo a los límites de toda resolución firme— está vinculado a los alcances que debe tener

---

122 ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María. «Apuntes sobre los alcances de la autoridad de la cosa juzgada en el Proceso Civil Peruano». En *Doctrina contemporánea*. Trujillo: Editora Normas Legales, 2003, pp. 487 y 488.

lo resuelto de manera definitiva en un determinado proceso, es decir, a quiénes pueden alcanzar los efectos de la resolución y qué parte de la misma tendrá carácter vinculante y obligatorio.

Así las cosas, se distinguen dos límites en las resoluciones, uno subjetivo y otro objetivo. Para el caso analizado, nos interesa el primero de ellos.

A efectos de entender la noción de límite subjetivo, debemos señalar que una resolución produce dos grupos de efectos. Los efectos directos, que se refieren a la contienda y que se limitan a las partes, por ser éstas elementos de aquélla; y los efectos reflejos, que se producen frente a cualquier titular —parte o tercero— de una relación jurídica en determinada conexión (de perjudicialidad o de concurrencia) con la vencida en juicio. Lo normal es que estos efectos reflejos se produzcan frente a cualquiera —*erga omnes*— y lo excepcional es que se limiten a las partes del juicio.[123]

Desde esta perspectiva, los límites subjetivos se pueden apreciar de dos maneras:

a. Un *efecto reflejo*, es decir, *erga omnes*, por el cual las decisiones dictadas en los procesos judiciales deben ser reconocidas por todos como decisiones dictadas en el proceso seguido entre las partes; es decir, todos están obligados a reconocer lo juzgado entre las partes, aunque no sean perjudicados por ello.

b. Un *efecto directo*, que alcanza a quienes deben soportar sus efectos jurídicos. Éstos serán no sólo los participantes en el proceso, sino también aquéllos que estuvieron en aptitud de participar y hacer uso de su derecho de defensa, por haber sido emplazados con la demanda; o quienes hayan sido instados a participar en el proceso a través, por ejemplo, de la denuncia civil o del aseguramiento de pretensión futura.

Como consecuencia de lo expuesto se puede afirmar que la concepción de los alcances subjetivos de una resolución en un proceso, al menos civil, ya no sólo recae sobre las partes, sino también sobre aquellos que hayan sido notificados con la demanda por tener un vínculo con la

---

123 ARLAS, José. Citado por HINOSTROZA MÍNGUEZ, Alberto en *La nulidad procesal en el proceso civil*. Lima: Gaceta Jurídica, 2002, Segunda edición, pp. 202-203.

pretensión, así como sobre todos los que deban reconocer la autoridad de la resolución, claro está, basada en un debido proceso.

Sin perjuicio de lo expuesto, cabe resaltar que el límite subjetivo de la resolución implica que exista identidad entre las partes y los sujetos que se vean afectados por ella, de manera tal que, en principio, una resolución no debería afectar a terceros. Esta regla, como hemos adelantado, admite excepciones, pues se acepta la afectación de los terceros cuyos derechos dependen de los de las partes o de cuyos derechos dependen los de las partes, siempre que hayan sido citados con la demanda.[124]

En esta línea de pensamiento, el artículo 123 del Código Procesal Civil Peruano regula la cosa juzgada, estableciendo lo siguiente:

> *Artículo 123.- «Cosa juzgada [...]*
>
> *La cosa juzgada sólo alcanza a las partes y a quienes de ellas deriven su derecho. Sin embargo, se puede extender a los terceros cuyos derechos dependen de los de las partes o a los terceros de cuyos derechos dependen los de las partes si hubieran sido citados con la demanda».*

En general, entonces, el problema de los límites subjetivos de una resolución, consiste en determinar los sujetos de derecho a quienes el fallo perjudica o beneficia.

El punto de partida en esta materia reside en que, por principio, los efectos de una resolución alcanzan tan sólo a los que han litigado; quienes no han sido parte en el juicio anterior y, en consecuencia, no han tenido oportunidad de ejercer el derecho de contradicción que forma parte del debido proceso, no son afectados por ella, y pueden

---

124 El profesor Juan Montero Aroca señala que el principio general es que la cosa juzgada se limite a las partes del proceso; la sentencia dictada en un proceso entre dos personas, no perjudica ni beneficia a las demás, que no pueden verse afectadas por la cosa juzgada; sólo excepcionalmente puede extenderse a quienes no han sido parte. (MONTERO AROCA, Juan. Citado por Ana María ARRARTE ARISNABARRETA. *Op. cit.*, p. 488).

Ana María Arrarte agrega que ya desde Giuseppe Chiovenda se advertía que esta concepción cerrada no era determinante, porque la cosa juzgada como resultado de la definición de una relación procesal es obligatoria para los sujetos de esta obligación; y, sin embargo, a veces tiene alguna excepción. Por tanto, no conviene sentar como principio general que la sentencia cause estado sólo entre las partes; al contrario, es necesario asegurar que la sentencia no puede perjudicar a otros que han sido extraños al pleito. (ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María. *Op. cit.*, pp. 489 y 498).

proclamarse ajenos a la misma, aduciendo que *res inter alios judicata alliis neque prodesse neque nocere potest*. No obstante, a medida que se desciende del principio hacia las situaciones particulares, se observa que las conclusiones van perdiendo nitidez.

El tema de los efectos de la sentencia en las obligaciones solidarias se encuentra regulado en el artículo 1193, cuyo texto establece lo siguiente:

> Artículo 1193.- «*La sentencia pronunciada en el juicio seguido entre el acreedor y uno de los deudores solidarios, o entre el deudor y uno de los acreedores solidarios, no surte efecto contra los demás codeudores o coacreedores, respectivamente.*
>
> *Sin embargo, los otros deudores pueden oponerla al acreedor, salvo que se fundamente en las relaciones personales del deudor que litigó. A su turno, los demás acreedores pueden hacerla valer contra el deudor, salvo las excepciones personales que éste puede oponer a cada uno de ellos*».

Para entender lo prescrito en esta norma, resultan ilustrativos los conceptos vertidos por José León Barandiarán,[125] en relación a su antecesor inmediato, el Código Civil de 1936:

«El Código (se refiere al de 1936) formula su parecer sobre el efecto de la cosa juzgada (artículo 1218, última parte).

Se sabe cómo sobre el particular han discrepado los autores.

Para unos, la cosa juzgada sólo tiene efecto entre el acreedor y el deudor que fueron partes en el juicio respectivo; para los demás deudores es *res inter alios acta*. Para otros doctos, contrariamente, trasciende tal efecto a los demás deudores. Y para una tercera opinión, hay que distinguir según que la sentencia haya sido favorable o adversa al acreedor. En el primer caso la cosa juzgada es *res inter alios acta* para los demás deudores: un segundo deudor podría oponerse a la exigencia del acreedor, y éste no podría invocar la decisión producida. En el segundo caso hay cosa juzgada: un segundo deudor puede oponerse a la nueva demanda del acreedor, invocando la decisión anterior.

Esta última opinión no es perspicaz, pues el radio de consecuencias de la cosa juzgada no se puede determinar sino por la naturaleza

---

125 LEÓN BARANDIARÁN, José. *Op. cit.*, tomo II, pp. 159 y 160.

de ella en relación a la vinculación de los deudores; nunca por el dato circunstancial de los resultados que acarree.

En cuanto a la segunda opinión, su decisión sólo puede explicarse concibiendo la existencia de una representación recíproca entre los deudores. Ahora bien, tal supuesto es arbitrario, está desprestigiado y como tal no debe prevalecer.

Queda, pues, en pie el primer sistema, como el más acertado.

Según la última parte del artículo 1218 (del Código Civil de 1936), la cosa juzgada no tiene eficacia para los demás deudores, cuando aquélla concierna a excepciones meramente personales; de lo que se deduce *contrario sensu*, que sí la tiene cuando se trata de excepciones de carácter común».

El principio contenido en el artículo 1193 del Código Civil de 1984, reviste plena justificación, tal como se desprende de los argumentos que la doctrina de nuestra tradición jurídica ha vertido respecto de este tema.

Advertimos que en él se respeta plenamente el principio de la triple identidad de la cosa juzgada, ya que ésta únicamente surte efectos entre las partes que litigaron. No obstante ello, el Código ha considerado lógico precisar que si dicha sentencia versa sobre un aspecto común a los demás codeudores o coacreedores que no litigaron, ésta pueda perjudicarlos o beneficiarlos. La razón es obvia, porque de lo que ha tratado el proceso judicial es, precisamente, sobre un asunto atinente a todos ellos. En el caso más claro del acto nulo por omisión de la forma requerida por la ley, sería evidente que dicho acto declarado como tal no podría ser válido para otro codeudor u otro coacreedor; razón por la cual sería absurdo siquiera imaginar la aplicación de un principio opuesto al contenido en el artículo 1193 del Código nacional.

Por lo demás, si el asunto materia del juicio tuviese exclusiva relación con el codeudor o coacreedor, los efectos de la resolución judicial sólo recaerían respecto a quienes litigaron, ya que no habría razón alguna para extender tales efectos a los otros.

De otro lado, es necesario comentar que una diferencia fundamental respecto del cumplimiento en las obligaciones indivisibles y en las solidarias, consiste en que en las primeras el deudor queda liberado pagando conjuntamente a todos los acreedores, o a alguno de ellos, si éste

garantiza a los demás el reembolso de la parte que les corresponde en la obligación (argumento del segundo párrafo del artículo 1176 del Código Civil), restricción que no existe en el caso de las obligaciones solidarias, de acuerdo con lo previsto por el artículo 1185, precepto que establece que el deudor puede efectuar el pago a cualquiera de los acreedores solidarios, aun cuando hubiese sido demandado sólo por alguno.

Conviene agregar que si la obligación fuese indivisible y solidaria, no habría problema alguno, ya que el artículo 1193 se aplica a ambos supuestos, en virtud de lo establecido por el segundo párrafo del artículo 1181 del Código Civil Peruano; y que si fuese divisible y solidaria, se aplicaría, asimismo, el artículo 1193.

Tras analizar el contenido del artículo 1193, corresponde ahora advertir que luego de la entrada en vigencia del Código Procesal Civil Peruano de 1993 y, específicamente, del artículo 93 del citado cuerpo normativo, sus alcances podrían ser cuestionados.

El artículo 93 del Código Procesal Civil establece que «*Cuando la decisión a recaer en el proceso afecta de manera uniforme a todos los litisconsortes, sólo será expedida válidamente si todos comparecen o son emplazados, según se trate de litisconsorcio activo o pasivo, respectivamente, salvo disposición legal en contrario*».

Según Marianella Ledesma Narváez,[126] «la figura procesal del litisconsorte necesario surge cuando la relación del derecho sustancial, sobre la cual debe pronunciarse el juez, está integrada por una pluralidad de sujetos, bien sean activos o pasivos, en forma tal que no es susceptible de escindirse en tantas relaciones aisladas como sujetos activos o pasivos individualmente considerados existan, sino que se presenta como una, única e indivisible frente al conjunto de tales sujetos».

Así, dada la naturaleza de la relación jurídica sustancial, los sujetos que litigan bajo la condición de parte demandante o parte demandada están unidos de modo tal, que a todos les afectará el sentido de la resolución a dictarse.

Siguiendo únicamente lo prescrito por el artículo 93 del Código Procesal Civil, los magistrados, argumentando la existencia de un li-

---

126 LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Intervención de terceros en el proceso civil*. Lima: Cuadernos Jurisprudenciales/Gaceta Jurídica, n.º 3, septiembre 2001, p. 4.

tisconsorcio necesario, tendrían que emplazar a los demás codeudores solidarios del deudor que ha sido demandado o que está demandando a su acreedor común. En ese orden de ideas, de ser el caso, tendría que emplazar a los acreedores solidarios cuando se siga un proceso entre uno de los acreedores y el o los deudores comunes.

Como puede apreciarse, seguir lo establecido en el artículo 93 del Código Procesal Civil resultaría perjudicial o, si se quiere, ineficiente, en la medida en que ello implica acrecentar los costos de las partes. Tengamos presente que, en muchas ocasiones, la razón por la que un acreedor, pudiendo demandar, por ejemplo, a sus tres codeudores solidarios, únicamente demanda a uno, es porque conoce la situación de aquéllos y probablemente sabe que los otros dos son insolventes.

En todo caso, lo cierto es que el beneficio de la solidaridad pasiva es, justamente, que el acreedor puede exigir el cumplimiento total de la obligación a uno solo de sus deudores. No tiene por qué demandar a todos, si esa es su decisión. Igualmente, es característica de la solidaridad activa, que el deudor puede pagar el íntegro de la deuda a cualquiera de sus acreedores solidarios.

Pensamos que, a efectos de que no se desnaturalice la figura de la solidaridad, el artículo 93 del Código Procesal Civil de 1993 debería ser interpretado de manera sistemática con las normas propias de las obligaciones solidarias, de donde se seguiría que el artículo 1193 del Código Civil de 1984 aún se halla en vigencia y constituye una excepción a la regla contenida en el referido artículo 93 del Código Procesal Civil. Sin embargo, lamentablemente en la práctica esto no se entiende así.

## 13. CONSTITUCIÓN EN MORA DE UN CODEUDOR O DE UN COACREEDOR

La mora en las obligaciones solidarias se encuentra regulada en el artículo 1194. El citado numeral señala lo siguiente:

> *Artículo 1194.– «La constitución en mora de uno de los deudores o acreedores solidarios no surte efecto respecto a los demás.*
>
> *La constitución en mora del deudor por uno de los acreedores solidarios, o del acreedor por uno de los deudores solidarios, favorece a los otros».*

Dentro del régimen nacional, la constitución en mora de uno de los deudores o acreedores solidarios no surte efecto respecto a los demás; en tanto que la constitución en mora del deudor por uno de los acreedores solidarios, o del acreedor por uno de los deudores solidarios, favorece a los otros.

Puede ocurrir que los distintos deudores solidarios se hayan obligado unos pura y simplemente y los otros a plazo o bajo condición.

Debemos precisar que al vencimiento del plazo de una deuda sin modalidad alguna, y ante la falta de pago, se deben abonar daños y perjuicios, conforme a lo establecido por el artículo 1336 del Código Civil Peruano. Cuando se trate de sumas de dinero, se pagarán intereses moratorios. Si éstos no se han pactado, deberán pagarse los intereses compensatorios estipulados y, a falta de ellos, los intereses legales respectivos; y, también en esta hipótesis, podría verse obligado el deudor a indemnizar el daño ulterior, si se hubiese estipulado y el acreedor demostrara haberlo sufrido (artículos 1242, 1245, 1246 y 1324 del Código Civil).

¿La constitución en mora de uno de los primeros (deudores solidarios obligados pura y simplemente) haría correr los intereses respecto a los segundos (deudores solidarios obligados a plazo o bajo condición)?

Es evidente que mientras el plazo no hubiese vencido o la condición no se hubiera cumplido, estos deudores no podrían ser constituidos en mora y, por consiguiente, no estarían obligados a pago alguno de daños y perjuicios o, en su caso, de intereses moratorios.

Sin embargo, dentro del régimen establecido por el artículo 1194 del Código Civil Peruano, la constitución en mora de uno de los codeudores o coacreedores no se extiende a los otros, precisión aplicable a los no interpelados que estén beneficiados por un plazo o condición.

Suponiendo que el plazo hubiera vencido o la condición se hubiera cumplido, ¿se reputaría que estos deudores solidarios quedan constituidos en mora por el requerimiento hecho anteriormente a uno de los obligados pura y simplemente? Sobre este punto hay un criterio mayoritario en la doctrina. La constitución en mora de uno de los deudores puros y simples alcanza a los deudores a plazo o bajo condición, sin necesidad de un nuevo requerimiento. Ésta es la consecuencia lógica de la idea

de representación entre los codeudores solidarios, cualquiera que sea la naturaleza del vínculo que liga a cada uno de ellos con el acreedor. No obstante, esta posición admite discrepancias en la propia doctrina y no ha sido acogida por el artículo 1194 del Código nacional.

El primer párrafo del artículo 1194 del Código Civil Peruano contempla un supuesto de solidaridad pasiva o activa, en el cual alguno de los codeudores o coacreedores es constituido en mora por el deudor o acreedor común o por alguno de los codeudores o coacreedores comunes, según fuese el caso.

Aquí la regla es que dicha constitución en mora no afecta a los demás codeudores o coacreedores no constituidos en mora. Esto, por elementales razones de justicia.

Solución inversa es la prevista por el Código Civil para el caso contemplado en el segundo párrafo del artículo 1194. Esta norma prevé el supuesto en que sea el deudor o acreedor común quien es constituido en mora por alguno de sus coacreedores o codeudores solidarios. En este caso, la constitución en mora de dicho deudor o acreedor, evidentemente no podría perjudicar a ninguna otra persona de su misma condición, ya que sólo él será el único deudor o acreedor. Pero sí ocurre que dicha constitución en mora favorece a los otros codeudores o coacreedores del deudor o acreedor que practicó tal acto. Ello, porque es efecto de la solidaridad el favorecer también a sus codeudores o coacreedores. Además, debe observarse que esta situación será —en cierta forma— indiferente para el deudor o acreedor común, ya que bastará que uno de los deudores o acreedores lo constituya en mora, para que se produzcan todos los efectos derivados en contra suya, en razón de dicha constitución en mora. Cabe señalar que el Código Civil Peruano de 1984 se ha apartado, en este punto, del aspecto estrictamente personal del estado de mora. Estamos de acuerdo con la solución adoptada por el Código nacional, pero no por ello dejamos de anotar que su solución no es asumida universalmente.

Creemos, además, que la constitución en mora sólo debe afectar al deudor o acreedor que se encuentre en dicha situación. El lector podría cuestionar nuestra afirmación al pensar que al ser solidarios, si uno se encuentra en mora, todos deben estar en la misma condición. Pero esto no es necesariamente así, ya que podría darse el caso de que, si bien todos ellos sean deudores o acreedores solidarios, hayan asumido la

obligación con modalidades diferentes, entre las cuales, incluso, podrían encontrarse el plazo suspensivo o la condición del mismo carácter, situación que conduce a que el retraso culposo o doloso de uno de los codeudores o coacreedores no tenga por qué afectar a los demás.

Adicionalmente podemos decir que la solución del artículo 1194 es coherente con el principio del artículo 1195 del propio Código. En el Código Civil de 1936 la solución era incoherente; en el caso de mora se desplazaba la responsabilidad a los demás, pero en el caso de inejecución de la obligación sólo el culpable respondía por daños y perjuicios.

Conviene aquí señalar, además, que el principio por el cual la constitución en mora de un codeudor o coacreedor solidario no surte efecto respecto a los demás (es decir que no los perjudica), a diferencia de aquél en que la constitución en mora del deudor por uno de los acreedores solidarios, o del acreedor por uno de los deudores solidarios, favorece a los otros (es decir que los beneficia), es asumido en idéntico sentido por el Código Peruano en otros dos preceptos: el artículo 1198, el mismo que establece que la renuncia a la prescripción por uno de los codeudores solidarios no surte efecto respecto de los demás (es decir que no los perjudica); en tanto que la renuncia a la prescripción en favor de uno de los acreedores solidarios, favorece a los demás (es decir que los beneficia). La otra norma que recoge el mismo principio es el artículo 1199, el mismo que dispone que el reconocimiento de la deuda por uno de los deudores solidarios, no produce efecto respecto a los demás codeudores (es decir que no los perjudica); en tanto que si se practica el reconocimiento por el deudor ante uno de los acreedores solidarios, favorece a los otros (es decir que los beneficia).

La única regla del Código Civil que se encuentra en aparente contradicción con los numerales 1194, 1198 y 1199, antes aludidos, es el artículo 1196, norma que prescribe que los actos mediante los cuales el acreedor interrumpe la prescripción contra uno de los deudores solidarios, surten efecto respecto de los demás deudores (es decir que los perjudica). En el otro extremo del mismo numeral 1196, el Código sí es fiel al principio contenido en los artículos 1194, 1198 y 1199, al establecer que los actos mediante los cuales uno de los acreedores solidarios interrumpe la prescripción contra el deudor común, surten efecto respecto de los demás coacreedores (es decir que los beneficia).

Sin embargo, sólo se trata de una falta de concordancia terminológica, mas no de fondo, en la medida de que el precepto en su redacción vigente protege los intereses de los acreedores que no hubieran cobrado, en relación a aquel acreedor que cobra, respecto al cual se hubiera interrumpido la prescripción. Ello, pues de lo contrario podría presentarse la inequitativa situación por la cual los acreedores respecto de quienes la obligación ya hubiera prescrito, carecerían —precisamente por esa razón— del derecho de reclamar su parte al que cobró el íntegro.

Cabe agregar que si la obligación fuese indivisible y solidaria, no habría problema alguno, ya que el artículo 1194 sería de aplicación a tal supuesto, de acuerdo con lo establecido por el artículo 1181, segundo párrafo, del Código Civil. Y si la obligación fuese divisible y solidaria, también se aplicaría el artículo 1194.

Antes de concluir, conviene verificar cómo opera la mora en las obligaciones solidarias e indivisibles, y, con tal fin, efectuar una breve síntesis de lo desarrollado, para lo cual resulta apropiado analizar la norma del artículo 1194 por partes.

Primero, revisemos los casos en que hay pluralidad de deudores, y luego supuestos en los que hay pluralidad de acreedores.

Siguiendo lo dispuesto por el artículo 1194, tenemos que si el acreedor común constituye en mora a uno de los deudores solidarios, dicho acto surte efecto únicamente respecto de ese deudor y no en relación a los demás deudores. Los efectos de la mora se circunscriben al deudor intimado por el acreedor.

Ilustremos esta primera regla a través de un ejemplo.

Si «D1», «D2» y «D3» se obligan solidariamente a pagar 60,000 nuevos soles a «A» y este último sólo constituye en mora a «D1», ¿qué consecuencias tendría ese acto de constitución en mora respecto de cada deudor?

Es evidente que, en vista de que la obligación es solidaria, «A» podría cobrar los 60,000 nuevos soles a cualquiera de los tres deudores, a los tres juntos o a dos de ellos, como él prefiera. Los deudores se someterían luego a lo previsto en la relación interna.

Por otro lado, en lo que concierne a los efectos de la constitución en mora, es también obvio que ésta sólo afectaría a «D1», lo que implica que, por ejemplo, «A» podría no sólo cobrar a «D1» los 60,000 nuevos

soles, sino también los intereses moratorios. A «D2» y a «D3», en cambio, no podría cobrarles intereses moratorios.

En ese sentido, podríamos preguntarnos cuál es la razón por la cual las consecuencias negativas de la constitución en mora en contra de uno de los deudores solidarios se circunscriben a él y no se expanden a sus compañeros de deuda.

Es simple. Los otros deudores no habrían sido intimados y, por ende, sería injusto extenderles los efectos jurídicos de la mora.

El Derecho no puede presumir que si «A» hubiese intimado a «D2» y «D3», ellos también se hubieran negado a pagar la deuda.

Si, por otro lado, «A» hubiese constituido en mora a más de un codeudor, tendría derecho a cobrar solidariamente los intereses moratorios a todos los codeudores constituidos en mora. Ese derecho, que es tal en razón de la obligación que se genera en los codeudores constituidos en mora, se justifica en que la obligación principal —esto es, el pago de los 60,000 nuevos soles— es solidaria; y, como es sabido, constituye principio del Derecho que lo accesorio sigue la suerte de lo principal. Los intereses moratorios son accesorios del capital y, por consiguiente, todos los codeudores constituidos en mora estarían obligados solidariamente a pagarlos.

Podría suceder, por otra parte, que «A» requiera el pago a «D1», ante lo cual este último responda con una negativa y quede constituido en mora. Frente a esa situación, «A» podría dirigirse a «D2» y «D3» y exigirles el cumplimiento de la obligación y que ellos sí le paguen.

En un escenario como el que acabamos de delinear, sería evidente que «D2» y «D3» no tendrían que pagar intereses moratorios, como sería claro también que en la relación interna a cada uno de los codeudores solidarios le correspondería pagar 20,000 nuevos soles, por lo que «D2» y «D3» podrían repetir en contra de «D1» por la diferencia entre lo que cada uno tenía que pagar y lo que efectivamente cada uno pagó.

A esas consecuencias habría que adicionar una más. «A» tendría derecho a cobrar a «D1» los intereses moratorios devengados a partir del momento en que fue constituido en mora y hasta el momento en que «D2» y «D3» le pagaron la obligación principal. La mora de «D1» termina con el pago de la obligación, sin importar que dicho pago no sea realizado por el deudor que se encuentra en mora.

Otro de los supuestos que podría presentarse sería que «A» intente cobrar a sus tres codeudores, pero ellos no tengan los 60,000 nuevos soles, sino solamente 30,000. En una hipótesis como la planteada, los codeudores solidarios tendrían que pagar la deuda principal más los intereses moratorios —que en una situación como ésta se deberían solidariamente, pues los tres codeudores se encontrarían constituidos en mora—, intereses que correrían sobre el saldo.

A partir de este ejemplo podemos inferir una importante regla, a saber, que cuando se realiza un pago parcial, los intereses moratorios se contabilizan siempre respecto del saldo impago.

Ahora bien, en los ejemplos que acabamos de citar, para que el deudor sea constituido en mora es necesario que el acreedor le requiera el pago, lo intime. Por supuesto, y conforme lo veremos al estudiar en detalle la figura de la mora, nuestro ordenamiento jurídico admite situaciones excepcionales en las cuales la mora es automática. Tomando en cuenta aquello, conviene resaltar que el tema de la mora automática no constituye materia que pueda ni deba tomarse a la ligera.

La mora automática funciona de manera impecable si el lugar pactado para el pago fuese el domicilio del acreedor, pues en ese caso quien tiene que acercarse a pagar es el deudor. Si el deudor no se acerca a pagar a la fecha de vencimiento, se entiende constituido en mora.

Por el contrario, la mora automática no funciona de esa manera si el lugar pactado para el pago fuese el domicilio del deudor,[127] ya que ello siempre presupone que el acreedor vaya al domicilio del deudor a cobrar. Si no lo hiciera, no podría considerarse que el deudor fue constituido en mora, por más de que el contrato señale que la mora es automática.

Por último, para concluir lo que concierne a la constitución en mora cuando hay pluralidad de deudores, juzgamos importante señalar que si nos referimos —como lo venimos haciendo en nuestros ejemplos— a actos de cobro extrajudiciales, el acreedor no se encuentra forzado a cobrar a todos sus deudores solidarios. De esta forma, en materia de

---

127 A esto hay que agregar que ante la falta de disposición expresa de las partes se entiende, según lo establecido en nuestro Código Civil, que el lugar de pago es el domicilio del deudor (argumento del artículo 1238 del citado cuerpo legal).

cobro extrajudicial, el acreedor tiene la facultad de cobrar a uno, a dos, o a todos sus deudores solidarios.

En materia procesal, en cambio, tal como lo hemos analizado en su oportunidad, el artículo 93 del Código Procesal Civil le impondría al acreedor el deber de demandar a todos sus deudores solidarios.

Ya en lo referente a la constitución en mora cuando existe pluralidad de acreedores, tenemos que el artículo 1194 del Código Civil sigue la misma lógica que en el caso de la solidaridad pasiva. De esta manera, la norma establece que si el codeudor común constituye en mora a uno de los acreedores, esa constitución en mora únicamente surte efecto respecto de ese acreedor.

Si «D» ofrece a «A1» pagarle los 60,000 nuevos soles que le debe a él y a sus dos coacreedores solidarios («A2», «A3»), y «A1» se niega a aceptar el pago, los efectos de la constitución en mora que se generan con su negativa no se expanden ni afectan a «A2» ni a «A3». De esta manera, los efectos de los daños y perjuicios moratorios con respecto a la mora del acreedor sólo se circunscriben al acreedor que fue constituido en mora y, asimismo, la transferencia del riesgo sólo operaría respecto de ese acreedor constituido en mora (argumento del artículo 1340 del Código Civil).

Tengamos presente que el Derecho no presume que si el ofrecimiento de pago hubiera tenido a «A2» y a «A3» como destinatarios, la respuesta de éstos hubiera sido la misma que la de «A1», de donde se sigue que las consecuencias jurídicas no pueden ser iguales.

Tras lo expuesto, podemos concluir nuestro examen del primer párrafo del artículo 1194, haciendo hincapié en que los efectos nocivos de la constitución en mora con respecto a un codeudor o a un coacreedor, se circunscriben a ese codeudor o a ese coacreedor. No se expanden a los demás compañeros de deuda ni a los demás compañeros de crédito.

Ahora bien, el segundo párrafo de la citada norma prescribe que la constitución en mora del deudor por uno de los acreedores solidarios favorece a los otros.

Ello quiere decir que si uno de los acreedores solidarios intentara cobrar la deuda al deudor y éste no pagara quedando constituido en mora, todos los acreedores solidarios —y no sólo el que realizó el acto

de constitución en mora— se beneficiarían con el pago de los intereses moratorios que tendría que asumir ese deudor.

Aquí el Derecho considera que no hay nadie que se perjudique más; sólo hay uno que está constituido en mora, que es el deudor común, pero los beneficios que acarree esa situación deben ser disfrutados o aprovechados por los demás compañeros de crédito de aquél que lo constituyó en mora.

Ese mismo criterio se sigue en los supuestos en que un deudor constituye en mora al acreedor común. Los efectos de esa constitución en mora se expanden a los demás compañeros de deuda. Claro, en este caso no hay interés moratorio, sino daños y perjuicios moratorios que podrían generarse. Además, la transferencia del riesgo podría beneficiar a todos los deudores.

## 14. EFECTOS DEL INCUMPLIMIENTO CULPABLE DE UNO O MÁS CODEUDORES

> *Artículo 1195.- «El incumplimiento de la obligación por causa imputable a uno o a varios codeudores, no libera a los demás de la obligación de pagar solidariamente el valor de la prestación debida.*
>
> *El acreedor puede pedir el resarcimiento de los daños y perjuicios al codeudor o, solidariamente, a los codeudores responsables del incumplimiento».*

El artículo 1195 del Código Civil Peruano prescribe que el incumplimiento de la obligación solidaria por causa imputable a uno o a varios codeudores no liberará a los demás de pagar de manera solidaria el valor de la prestación debida (a diferencia del supuesto de la indivisibilidad). Esto quiere decir que la integridad de codeudores, incluso aquellos que se encontraban dispuestos a ejecutar la obligación, devendrán en deudores solidarios, en vía indemnizatoria, del valor total de la prestación respecto del acreedor común.

De acuerdo a lo prescrito por el citado artículo 1195, cuando la obligación es imposible por culpa de alguno(s) de los codeudores solidarios, subsiste para todos la obligación de pagar su valor, pero por los daños y perjuicios sólo responden el culpable o los culpables.

Siguiendo el mismo razonamiento que efectuamos para el caso de la indemnización en las obligaciones indivisibles (artículo 1180 del Código Civil), diremos que la solución para el supuesto de las obligaciones solidarias es distinta. La divisibilidad natural de la obligación de indemnizar daños y perjuicios, que determina que los codeudores no culpables de la inejecución en la obligación de prestación indivisible respondan frente al acreedor común sólo por su parte proporcional del valor de la prestación, varía en lo que respecta a las obligaciones solidarias. La solidaridad, y en el caso bajo tratamiento la solidaridad pasiva, implica una forma de contraer la obligación que agrava la situación de los codeudores de la misma, de modo tal que esta característica, más allá de si su ejecución resulta posible o no, se trasladará a la indemnización por los daños y perjuicios que eventualmente se causen al acreedor o acreedores comunes, con la restricción de que los no culpables sólo indemnizan solidariamente hasta por el íntegro del valor de la prestación incumplida, mientras que los culpables responden, también solidariamente, por el total de la indemnización debida; resultando claro, empero, que en las relaciones internas entre los codeudores sólo los culpables asumirán el íntegro de la indemnización.

Es así que luego de analizar el tema de la indemnización en las obligaciones indivisibles con pluralidad de deudores y en las obligaciones con solidaridad pasiva, podemos llegar a la conclusión de que ninguna de las teorías a que anteriormente hicimos referencia explica cabalmente el problema, ya que el mismo no debe dirigirse a resolver la forma como están obligados dichos codeudores a la ejecución de la prestación debida originariamente, sino a cómo deberán cumplir con la indemnización de daños y perjuicios que ocasione el incumplimiento o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

Por último, debemos señalar que si la obligación fuese indivisible y solidaria, primaría el principio del artículo 1195, por ser dicha norma propia de la solidaridad, y además por lo establecido en el segundo párrafo del artículo 1181 del Código Civil.

Si la obligación fuese divisible y solidaria, igualmente regiría el artículo 1195, y si fuese mancomunada e indivisible, se aplicaría el artículo 1180.

## 15. LA PRESCRIPCIÓN Y LAS OBLIGACIONES SOLIDARIAS

Uno de los últimos temas a estudiar en torno a las obligaciones indivisibles y solidarias es el relativo a la prescripción. Así, debemos analizar la interrupción y la suspensión de la prescripción y la renuncia a la misma.

Como señala Fernando Vidal Ramírez:[128] «La interrupción se produce por hechos sobrevinientes al nacimiento de la acción. Consisten en una manifestación de voluntad emanada del prescribiente reconociendo el derecho de aquel contra el cual prescribe o en una manifestación de voluntad del propio titular del derecho. A diferencia de la suspensión, la interrupción destruye la eficacia del tiempo transcurrido e imposibilita el cumplimiento del curso prescriptorio ya iniciado».

El caso es distinto de lo que ocurre con la suspensión de la prescripción, pues cuando desaparece la causal de interrupción de la misma, se inicia un nuevo plazo prescriptorio, no sumándose al nuevo plazo el transcurrido con anterioridad a la interrupción.

### 15.1. Interrupción de la prescripción contra uno de los codeudores o coacreedores

Respecto a la interrupción de la prescripción, recordamos que ella está contemplada por el artículo 1996 del Código Civil Peruano, norma en la cual se incluyen las cuatro causales siguientes: reconocimiento de la obligación; intimación para constituir en mora al deudor; citación con la demanda o por otro acto con el que se notifique al deudor, aun cuando se haya acudido a un juez o autoridad incompetente; y oposición judicial de la compensación. Dicho precepto establece lo siguiente:

> *Artículo 1996.- «Se interrumpe la prescripción por:*
>
> *1.- Reconocimiento de la obligación.*
>
> *2.- Intimación para constituir en mora al deudor.*
>
> *3.- Citación con la demanda o por otro acto con el que se notifique al deudor, aun cuando se haya acudido a un juez o autoridad incompetente.*

---

128 VIDAL RAMÍREZ, Fernando. En REVOREDO MARSANO, Delia. *Código Civil*. Lima: Okura Editores, 1985, tomo VI, p. 817.

*4.- Oponer judicialmente la compensación».*

La norma transcrita describe los cuatro supuestos que dan lugar a la interrupción del plazo prescriptorio y que vamos a estudiar seguidamente.

Conviene resaltar que la prescripción y la caducidad constituyen dos de los temas más importantes en la vida del Derecho, puesto que se trata de instituciones creadas para otorgar seguridad jurídica. Así, la prescripción y la caducidad evitan que las pretensiones sean eternas y que se genere un clima permanente de incertidumbre.

Tomando como punto de partida esa idea, revisemos cómo opera la prescripción y los supuestos de interrupción del plazo prescriptorio a partir de un ejemplo.

Si se hubiese establecido como fecha de cumplimiento de una obligación el 10 de octubre del año 1998, ello implicaría que desde ese día la obligación fue exigible y, en consecuencia, que el acreedor, también desde esa fecha, tendría diez años —en la hipótesis de que éste fuera el plazo prescriptorio— para cobrarla. Transcurrido ese lapso sin que el acreedor la intente cobrar, la obligación dejaría de ser civil para convertirse en una natural.

De esta manera, si el acreedor intentara cobrar su acreencia después del 10 de octubre de 2008, el deudor podría optar por pagarla —que sería una posibilidad remota en la práctica— o por deducir la excepción de prescripción.

Sin embargo, y tal como lo hemos podido apreciar de la lectura del artículo 1996 del Código Civil, existen determinadas situaciones que al configurarse determinan que se interrumpa el plazo prescriptorio.

### *15.1.1. Reconocimiento de la obligación*

La primera de esas situaciones es el reconocimiento de la obligación por parte del deudor.

Conforme al artículo 1205 del Código Civil de 1984, existen dos formas de efectuar el reconocimiento de una obligación. La primera, por acto *mortis causa*; la segunda, por acto *inter vivos*.

En las obligaciones solidarias, el reconocimiento de la obligación opera de manera similar a la renuncia a la prescripción, en el sentido

de que sus efectos sólo vinculan al deudor que realiza el acto y no alcanzan a los demás deudores solidarios. Ello, en razón de que el reconocimiento es un acto voluntario y personal, de donde se sigue que el codeudor que no ha participado de aquél no tiene por qué verse perjudicado.

Cuando la solidaridad es activa, el reconocimiento del deudor común beneficia a todos los acreedores solidarios, y no sólo a aquél ante quien se realizó el acto de reconocimiento. Ello, en tanto el ordenamiento jurídico no desea que en la relación interna sólo se beneficie uno y se perjudiquen los demás.

### *15.1.2. Intimación para constituir en mora al deudor*

En segundo lugar, el artículo 1996 del Código Civil se refiere a la intimación para constituir en mora al deudor.

De este modo, el artículo 1996 prescribe en su inciso 2 que una vez nacido el plazo prescriptorio —es decir, luego de vencido el plazo para pagar esa obligación que no fue cobrada por el acreedor—, si el acreedor requiere el pago al deudor y, en consecuencia, lo constituye en mora, estaría además interrumpiendo ese plazo.

Así las cosas, resulta claro que la intimación genera un doble efecto. Por un lado, constituye en mora al deudor; y, por otro, interrumpe la prescripción.

Para entender mejor cómo opera o funciona la interrupción del plazo prescriptorio volvamos a nuestro ejemplo.

La obligación debió cumplirse el 10 de octubre de 1998, no obstante lo cual el deudor no realizó el pago correspondiente y el acreedor tampoco se lo exigió. El 10 de octubre de 1999, cuando ya había transcurrido un año desde el inicio del cómputo del plazo prescriptorio, el acreedor dirige al deudor una carta notarial requiriéndole el pago o, lo que es lo mismo, lo intima y lo constituye en mora.

Pero la constitución en mora —como lo hemos indicado— no es el único efecto que produce la intimación, pues ella también interrumpe el plazo prescriptorio, lo que significa, en palabras coloquiales, «que borra el año transcurrido». Así, cuando se interrumpe el plazo prescriptorio, la interrupción tiene por efecto *suprimir* el plazo prescriptorio que ya había transcurrido y que se vuelva a contar desde cero.

Si el acreedor de nuestro ejemplo constituyó en mora al deudor el 10 de octubre de 1999, la prescripción empezó nuevamente a contabilizarse, de modo que los diez años del plazo prescriptorio ya no se cumplirían el año 2008, sino el año 2009.

Consideramos relevante aclarar que el acreedor únicamente puede constituir en mora a su deudor e interrumpir la prescripción como consecuencia de la configuración de ese supuesto, en una sola oportunidad. El acreedor no podría interrumpir la prescripción intimando al deudor cuantas veces quiera. Sostener algo distinto sería desfigurar tanto la constitución en mora como la interrupción de la prescripción.

Nos explicamos. La mora es un estado transitorio del cual alguien puede librarse, fundamentalmente, ya sea porque paga la obligación o porque ésta deviene en imposible. Siendo un estado transitorio, resulta evidente que, luego de haber constituido en mora al deudor, no tendría efecto jurídico alguno que el acreedor enviara a diario, por ejemplo, una carta notarial requiriendo el pago, pues eso no podría volver a producir la interrupción del plazo prescriptorio.

Asimismo, conviene resaltar que, pese a que la interrupción del plazo prescriptorio únicamente se podría producir en una ocasión por la causal de constitución en mora, ello no significa que no pueda nuevamente interrumpirse si se configurara en el futuro otra causal diferente.

#### *15.1.3. Citación con la demanda*

En el caso que nos sirve de ilustración, el acreedor podría interrumpir nuevamente la prescripción si demandara judicialmente al deudor, ya que, como se indica en el inciso 3 del artículo 1996 del Código Civil, la prescripción se interrumpe con la citación con la demanda, o por otro acto por el que se notifica al deudor, aun cuando se haya acudido a un juez o autoridad incompetente.

Esta causal no amerita mayor explicación, representando una manifestación clara de la diligencia que quiere incentivar el Derecho respecto al cobro de los derechos u obligaciones.

Aquel acreedor que intimó a su deudor sin conseguir que éste le pague la acreencia a la que tiene derecho, tendrá dos alternativas.

Podría no hacer nada durante diez años o más, aceptando con su indiferencia que su obligación civil se convierta en una obligación natural; o podría recurrir a los tribunales de justicia y solicitar que se tutele su legítimo interés.

Ahora bien, aunque la propia ley no lo dice, la doctrina, la jurisprudencia y, en general, la razón misma, nos informan que mientras haya un proceso en curso no transcurre el plazo prescriptorio; el mismo queda suspendido.

El proceso podría durar varios años, pero ello no significa que transcurridos diez, el deudor pueda aducir que el plazo prescriptorio ya se cumplió y que la deuda ya no es exigible; ello, simplemente, sería absurdo.

Debemos advertir que en el ordenamiento jurídico peruano todo prescribe, y lo que no prescribe, caduca. Para que algo no prescriba o no caduque, una norma legal debe establecerlo expresamente.

#### *15.1.4. Oponer judicialmente la compensación*

El cuarto supuesto previsto en el artículo 1996 del Código Civil Peruano es el de oponer judicialmente la compensación.

En la solidaridad pasiva, habiendo más de un deudor obligado solidariamente frente a un acreedor común, podría darse el caso en que uno de los codeudores detente a su vez un crédito contra el acreedor común; en otras palabras, que uno de los codeudores sea acreedor de su acreedor. En este supuesto, el tema de la compensación reviste especial interés, a tal punto que la doctrina hasta la actualidad no se ha puesto de acuerdo sobre los alcances de la solidaridad, es decir, si un deudor solidario tendría derecho a oponer la compensación nacida del crédito de otro codeudor solidario.

Nuestro sistema ha preferido optar por una solución que, sin desvirtuar la naturaleza de la solidaridad, tampoco vulnera el carácter personal y de reciprocidad de las obligaciones entre acreedor y deudor, necesarios para la compensación. Por ello, establece que la compensación es posible tanto en la solidaridad activa como en la pasiva. Un deudor solidario puede oponer al demandante su propio crédito y así compensar, pudiendo luego repetir contra los demás codeudores.

Sin embargo, nuestro ordenamiento legal no autoriza a un codeudor cualquiera a oponer la compensación de un crédito que otro

codeudor detente contra el acreedor común. Si un acreedor se dirige contra uno de los codeudores solidarios, éste está obligado a cumplir con el íntegro de la obligación y luego podrá repetir contra sus codeudores; la forma como cumpla con el objeto de la prestación es irrelevante para los demás. Es, por expresarlo en lenguaje coloquial, asunto de su exclusiva incumbencia.

No se puede obligar a este codeudor a cobrar el crédito que tiene con su acreedor, vía compensación, ya que podría tener razones de diversa índole para preferir mantener su acreencia.

Nuestro Código no admite la compensación legal por el mismo motivo, a saber, la libertad de gestión.

Por último, un codeudor no debe poder aprovecharse del crédito de otro.

Ahora bien, caso distinto sería si, luego de conminar el acreedor a un codeudor solidario para el pago, dicho codeudor alegara —maliciosamente— insolvencia, con el fin de que su acreedor persiga el cobro de la obligación de otro de los codeudores. Si este codeudor malicioso fuera acreedor del acreedor común y sus respectivas obligaciones tuviesen la condición de recíprocas, exigibles, líquidas y de prestaciones de objetos fungibles entre sí, entonces creemos que sí debería proceder la imposición de la compensación de su crédito por parte de cualquier otro de los codeudores, ya que su declaración de insolvencia sería dolosa, teniendo los demás codeudores derecho a protegerse contra una posible defraudación.

En cuanto a la solidaridad activa, la solución que nuestro Código Civil vigente (artículo 1190) ha adoptado es que, luego de realizada la compensación entre uno de los acreedores solidarios y el deudor común, la obligación se extingue respecto de los demás coacreedores. El acreedor que compensó, luego responderá ante los demás acreedores de la parte que les corresponda en la obligación original. Así, si un deudor se hubiese obligado a entregar a dos coacreedores solidarios la suma de 10,000 nuevos soles, y este deudor compensase con uno de ellos la totalidad de la obligación, ese acreedor —que compensó— deberá restituir 5,000 nuevos soles al otro acreedor (suponiendo que la acreencia estuvo pactada en iguales proporciones).

Ahora bien, lo que nos interesa una vez estudiado el contenido del artículo 1996, es determinar cómo funciona la prescripción en materia

de obligaciones indivisibles y/o solidarias, lo cual impone analizar el artículo 1196 que regula tal problemática.

El citado precepto tiene la siguiente redacción:

> Artículo 1196.- «*Los actos mediante los cuales el acreedor interrumpe la prescripción contra uno de los deudores solidarios, o uno de los acreedores solidarios interrumpe la prescripción contra el deudor común, surten efecto respecto de los demás deudores o acreedores*».

Este numeral está basado, en sus orígenes remotos, en la llamada «teoría de la representación». Consideramos que la razón de ser del precepto, que es casi uniforme en las legislaciones de nuestra tradición jurídica, consiste en dar a la solidaridad un efecto adicional —respecto de la interrupción de la prescripción— al previsto para la mancomunidad. De no consignarse el precepto, podrían presentarse las mismas consecuencias sobre el tema tanto en la mancomunidad como en la solidaridad. Sin lugar a dudas, la norma es saludable, responde a la noción de solidaridad, y, por lo demás, nunca ha merecido cuestionamiento alguno, salvo las reservas conceptuales que luego formulamos.

En virtud del artículo 1196 se establece que los actos mediante los cuales el acreedor interrumpe la prescripción contra uno de los deudores solidarios, o uno de los acreedores solidarios interrumpe la prescripción contra el deudor común, surten efecto respecto de los demás deudores o acreedores. Esto quiere decir, en otros términos, que la interrupción de la prescripción contra uno de los deudores solidarios, perjudica a los demás; mientras que la interrupción de la prescripción de uno de los coacreedores frente al deudor común, beneficia a los demás coacreedores.

Como se puede apreciar, el ámbito de aplicación de la norma contenida en el artículo 1196 abarca tanto los casos de solidaridad pasiva como los de solidaridad activa. Repasemos brevemente cada uno.

En primer lugar, se establece que cuando el acreedor interrumpe la prescripción respecto de uno de los deudores solidarios, esa interrupción también afecta a los demás deudores solidarios.

La razón que justifica esta medida es sencilla de entender, más aún si nos valemos de un ejemplo, o mejor aún, de un contraejemplo.

Vamos a imaginar que un acreedor tiene tres deudores y, además, que la interrupción de la prescripción sólo afectara al deudor al cual se le exige el pago y no a sus codeudores.

Los tres deudores debieron haber cumplido con la obligación el 10 de enero de 1994, pero ninguno lo hizo. Pasaron los años sin que el acreedor nada hiciera más que llamarlos de vez en cuando por teléfono pidiéndoles que por favor le paguen.

El 10 de diciembre del año 2003, a un mes de cumplirse el décimo aniversario de la deuda aún no pagada, el acreedor envía una carta notarial a «D1», constituyéndolo en mora y, asimismo, interrumpiendo el plazo prescriptorio.

En un escenario como el que acabamos de delinear, la prescripción únicamente se interrumpiría respecto a «D1» o, en otras palabras, el plazo prescriptorio seguiría transcurriendo respecto a «D2» y «D3». El acreedor tendría diez años para accionar en contra de «D1» conforme al artículo 2001, inciso 1, del Código Civil, es decir, tendría plazo para cobrar hasta el 10 de diciembre de 2013. No obstante, al no haber interrumpido el plazo respecto de «D2» y «D3», a ellos únicamente podría haberles cobrado hasta el 10 de enero del año 2004.

Siguiendo nuestro contraejemplo, tendríamos que a partir del 11 de enero del año 2004 el acreedor ya no podría cobrar a «D2» y «D3», pues su obligación habría dejado de ser civil para convertirse en una obligación natural, con lo cual de tres deudores habría pasado a tener sólo uno.

En ese contexto, además de existir la posibilidad de que «D1» sea, por ejemplo, insolvente, podría ocurrir que «D1», siendo solvente, tras recibir la carta notarial y pensarlo por unos días, hubiera optado por cumplir la obligación y, por ende, pagar el 12 de enero de 2004 el íntegro de la obligación al acreedor.

Luego de pagar, ¿qué podría hacer «D1»? En estricto, nada podría hacer, pues si quisiera cobrar a cada uno de sus antiguos compañeros de deuda lo que les correspondería en la relación interna, «D2» y «D3» le opondrían la prescripción, con lo cual «D1» tendría que asumir él solo la totalidad de la deuda.

Debido a estas consecuencias es que el legislador de 1984 tuvo el buen criterio de asumir una solución diferente a la que nos ha servido

de contraejemplo. El artículo 1196 establece que la prescripción sí se interrumpe para todos los deudores solidarios, aunque el acreedor común únicamente le hubiera exigido el pago a uno de ellos.

De esta manera, reiteramos, en todos los casos en los que se configure un supuesto de interrupción de la prescripción respecto de uno sólo de los deudores, sus efectos se extienden a sus codeudores. Ésa es la única manera de que quien paga pueda subrogarse con respecto a los demás y cobrar la parte que les corresponda en la relación interna.

El artículo 1196 también contempla esta regla para aquellos casos en los cuales la solidaridad es activa. Así, en la segunda parte de la citada norma se señala que los actos mediante los cuales uno de los acreedores solidarios interrumpe la prescripción contra el deudor común, surten efecto respecto de los demás acreedores.

La interrupción, entonces, beneficia a todos los acreedores solidarios.

Como puede advertirse, esta regla es sencilla de entender en la medida en que sigue la misma lógica que orientó el supuesto de la interrupción de la prescripción en la solidaridad pasiva, esto es, evita que la interrupción beneficie únicamente a uno de los sujetos que conforman una de las partes de la relación obligacional. Así, a fin de evitar que se produzca una injusticia en la relación interna entre los diversos acreedores, la norma establece que la interrupción de la prescripción se extiende a todos los acreedores.

Cabe señalar que si la obligación fuese indivisible y solidaria, regirá el artículo 1196 (solidaridad) y el segundo párrafo del artículo 1181 (principios de la solidaridad comunes y aplicables a la indivisibilidad). Lo mismo sucederá cuando ella sea divisible y solidaria, por preceptuarlo así el artículo 1196.

Por último, también es de observar que el artículo 1196 del Código Civil no concuerda en uno de sus extremos con las soluciones legislativas previstas por los numerales 1194, 1198 y 1199 del propio Código, en el sentido de que la constitución en mora, la renuncia a la prescripción y el reconocimiento de la deuda por uno de los deudores solidarios, no surten efecto respecto de los demás codeudores (es decir que no los perjudica); ya que en el artículo 1196 se propagan los efectos de la interrupción de la prescripción contra uno de los deudores solidarios, respecto de los demás codeudores.

A fin de concordar las soluciones del artículo 1196 con aquéllas previstas por los artículos 1194, 1198 y 1199, en el año 1994 propusimos la modificación de la norma, sugiriendo la siguiente redacción:

> Artículo 1196.- «*Los actos mediante los cuales el acreedor interrumpe la prescripción contra uno de los deudores solidarios, no surten efecto respecto a los demás deudores. Sin embargo, el deudor constreñido a pagar puede repetir contra los codeudores, aun cuando éstos hayan sido liberados por prescripción.*
>
> *Los actos mediante los cuales uno de los acreedores solidarios interrumpe la prescripción contra el deudor común, surten efecto respecto de los demás acreedores. El acreedor que cobra, respecto al cual se hubiera interrumpido la prescripción, responde ante sus coacreedores de la parte que les corresponde en la obligación*».

Hoy, sin embargo, nuestra posición es distinta, por cuanto entendemos que si bien la norma que esbozábamos tal vez era técnicamente más lograda y uniforme con el articulado del Código Civil, a través de ella se arribaba a similar conclusión que la que se logra con el texto en vigencia.

### 15.2. Suspensión de la prescripción contra uno de los codeudores o coacreedores

La suspensión de la prescripción está contemplada por el artículo 1994 del Código Civil, norma que señala los ocho supuestos en que ella ocurre:

> Artículo 1994.- «*Se suspende la prescripción:*
>
> *1.- Cuando los incapaces no están bajo la guarda de sus representantes legales.*
>
> *2.- Entre los cónyuges, durante la vigencia de la sociedad de gananciales.*
>
> *3.- Entre las personas comprendidas en el artículo 326.*
>
> *4.- Entre los menores y sus padres o tutores durante la patria potestad o la tutela.*
>
> *5.- Entre los incapaces y sus curadores, durante el ejercicio de la curatela.*
>
> *6.- Durante el tiempo que transcurra entre la petición y el nombramiento del curador de bienes, en los casos que procede.*
>
> *7.- Entre las personas jurídicas y sus administradores, mientras éstos continúen en el ejercicio del cargo.*

*8.- Mientras sea imposible reclamar el derecho ante un tribunal peruano».*

La razón de esta norma sobre la suspensión de la prescripción es expuesta por Fernando Vidal Ramírez, Ponente del Libro de Prescripción y Caducidad en la Comisión encargada del Estudio y Revisión del Código Civil de 1936. Él nos dice[129] lo siguiente:

«El curso de la prescripción, que se inicia con el nacimiento de la acción, puede verse alterado por causas diversas, que se distinguen entre sí y que la doctrina universalmente aceptada las ha considerado como causales de suspensión y de interrupción, presentándose, así, las figuras de la suspensión y de la interrupción.

La norma (el artículo 1994) se refiere a la suspensión del curso prescriptorio, que consiste en el detenimiento del tiempo hábil para prescribir por causas concomitantes o sobrevinientes al nacimiento de la acción, independientemente de los sujetos de la relación jurídica, y siempre que estén previstos en la ley. Configurada la suspensión, el curso de la prescripción se detiene o paraliza, pero con efectos para el futuro, pues se conserva la eficacia del tiempo transcurrido».

El artículo 1995 declara que desaparecida la causa de la suspensión, la prescripción reanuda su curso, adicionándose el tiempo ya transcurrido. Esto quiere decir que el tiempo anteriormente transcurrido (antes de que se produjese la causal de suspensión) no se elimina, sino se suma al período prescriptorio que se origina a partir del cese de la causal de suspensión.

Una vez efectuadas estas precisiones, y retornando al campo de las obligaciones solidarias, debemos señalar que en virtud del primer párrafo del artículo 1197 del Código Civil se establece el principio de que la suspensión de la prescripción respecto de uno de los deudores no surte efectos para los demás codeudores; y que la suspensión de la prescripción respecto de uno de los acreedores solidarios no beneficia a sus demás coacreedores.

El texto del referido numeral es el siguiente:

*Artículo 1197.- «La suspensión de la prescripción respecto de uno de los deudores o acreedores solidarios no surte efecto para los demás.*

---

129 VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Op. cit.*, p. 815.

*Sin embargo, el deudor constreñido a pagar puede repetir contra los codeudores, aun cuando éstos hayan sido liberados por prescripción. Y, a su turno, el acreedor que cobra, respecto al cual se hubiera suspendido la prescripción, responde ante sus coacreedores de la parte que les corresponde en la obligación».*

En tal situación, podría ocurrir que el deudor cuyo plazo de prescripción se hubiera suspendido fuese constreñido a pagar. En este caso dicho codeudor podría repetir contra sus codeudores, a fin de que le restituyan sus partes de lo pagado, incluso si estos otros codeudores (cuya prescripción nunca estuvo suspendida) hubiesen sido liberados por prescripción.

En el supuesto en que uno de los acreedores se hubiese beneficiado con la suspensión de la prescripción de su acreencia, y este acreedor cobrase la integridad de la deuda, dicho acreedor deberá responder ante sus coacreedores por la parte que les corresponde en la obligación, entendiéndose, a pesar de que así no lo establece expresamente el Código Civil Peruano, que la acreencia respecto de estos últimos hubiese prescrito. Esta solución legislativa obedece a la naturaleza jurídica de la solidaridad.

Para concluir nuestros comentarios sobre la suspensión de la prescripción contra uno de los codeudores o coacreedores, debemos señalar que si la obligación fuese indivisible y solidaria, sería de aplicación dicho numeral, por acción directa, y en virtud de lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 1181 (aplicación de determinados principios comunes de la solidaridad a las obligaciones indivisibles).

Y si la obligación fuese divisible y solidaria, se aplicarían las normas de la solidaridad, por mandato del artículo 1197.

## 15.3. Renuncia a la prescripción por un codeudor o en favor de un coacreedor

### *15.3.1. Consideraciones generales en torno a la renuncia a la prescripción*

Para finalizar nuestro estudio sobre la figura de la prescripción en materia de obligaciones solidarias, revisemos uno de sus rasgos más importantes, esto es su carácter irrenunciable.

Como se sabe, de acuerdo a lo establecido por el artículo 1990 del Código Civil, el derecho de prescribir es irrenunciable, siendo nulo todo pacto destinado a impedir los efectos de la prescripción.

La prescripción como figura jurídica, no se encuentra, en estricto, al servicio o interés de una de las partes, sino que tiene por finalidad servir a uno de los valores sobre los cuales se sustenta el Derecho: la seguridad jurídica.

Partiendo de esa premisa podemos afirmar que la irrenunciabilidad dispuesta por el artículo 1990 del Código Civil pretende evitar que la prescripción rija a voluntad de parte.

De ser posible renunciar a la prescripción por anticipado, lo más probable sería que en la mayoría de contratos se establezca esa renuncia, especialmente considerando que es usual que el acreedor sea quien los redacta e impone condiciones.

Ahora bien, debemos aclarar que la prohibición prevista por el artículo 1990 se encuentra circunscrita a la prescripción que todavía no ha tenido curso y a aquélla que aún no ha sido ganada.

Así, queda claro entonces que de acuerdo al Código Civil de 1984 nadie puede renunciar a la prescripción por anticipado. La ley, sin embargo, no prohíbe que se renuncie a la prescripción «ya ganada». El artículo 1991 regula esta posibilidad:

> Artículo 1991.– *«Puede renunciarse expresa o tácitamente a la prescripción ya ganada.*
>
> *Se entiende que hay renuncia tácita cuando resulta de la ejecución de un acto incompatible con la voluntad de favorecerse con la prescripción».*

La lectura de la norma transcrita nos permite apreciar que, conforme a las circunstancias en que la misma se configura, la renuncia a la prescripción puede realizarse esencialmente en tres supuestos, tal como veremos a continuación.

*15.3.1.1. Alcances de la renuncia a la prescripción*

La renuncia a la prescripción puede referirse tanto al plazo prescriptorio transcurrido a favor del deudor, a una parte de él o al plazo ya ganado (es decir, al que ya venció).

Esta última distinción se basa en la premisa de que en Derecho «quien puede lo más puede lo menos». Es claro, entonces, que si un deudor puede —por utilizar el ejemplo del plazo prescriptorio de diez

años— renunciar a la prescripción cuando ya venció dicho plazo (es decir, después de transcurridos esos diez años), resulta evidente que podría también renunciar al plazo que ya había venido ganando, pero que aún no había terminado de vencer, como sería —dentro del mismo ejemplo del plazo citado— que renunciara a los nueve años y ciento cincuenta días ya ganados, situación perfectamente posible en Derecho y a la que se aplican no sólo las consideraciones relativas a la renuncia expresa a la prescripción, sino también las referidas a la renuncia tácita, que analizaremos posteriormente.

Pero también un deudor podría renunciar únicamente a una parte de la prescripción que ha ganado.

Para entender mejor cada supuesto vamos a proceder a citar algunos ejemplos.

En primer lugar, supongamos que «D» adeudaba a «A» la suma de 100,000 nuevos soles y ya había transcurrido un año desde la fecha de vencimiento de la obligación. En una situación como la planteada, en la que aún faltarían nueve años para que se cumpla el plazo prescriptorio, podría ocurrir que «D» envíe una comunicación a «A» diciéndole en ella que renuncia a la prescripción de un año que había ganado hasta la fecha.

Esto, que en la práctica nadie hace, es teóricamente posible, de modo que esa renuncia sería válida respecto de todo ese año que había ganado el deudor, lo que no significa que tal deudor esté renunciando a un plazo prescriptorio futuro a su favor. Al renunciar a ese año ganado, el plazo prescriptorio vuelve a empezar a contarse a partir de cero, siendo factible que, salvo que la prescripción se interrumpa o el deudor vuelva a renunciar a ella, transcurran los diez años y la obligación civil se llegue a convertir en una obligación natural.

La segunda posibilidad es que luego de transcurridos diez años desde el vencimiento de la deuda sin que la prescripción haya sido interrumpida por el acreedor, el propio deudor decida renunciar a esa prescripción que ya ha ganado.

En un supuesto como ese, la obligación ya no sería civil, sino natural, de modo que si «A» exigiera su pago, «D» podría valerse de la prescripción y negarse a pagar, sin que «A» pudiera hacer nada al respecto. No obstante, «D» también podría optar por renunciar a la

prescripción, lo que haría que la obligación tenga otra vez la condición de civil y, por consiguiente, vuelva a ser exigible.

Como resulta evidente, al igual que en el primer caso, esa renuncia a la prescripción tiene como efecto que el plazo prescriptorio vuelva a cero. El mismo empezaría a contarse nuevamente desde la fecha en que se produjo la renuncia a la prescripción.

Por último, como tercer supuesto, tenemos un caso inusual, esto es, que «D» renuncie a parte de la prescripción que ha ganado. Así, por ejemplo, si hubiese ganado nueve años (de los diez que establece la ley), podría enviar una carta a «A», indicándole que renuncia a uno solo de los días de la prescripción que ha ganado, con lo que en vez de tener nueve años conservaría ocho años con trescientos sesenta y cuatro días.

Este último supuesto nos muestra claramente que la renuncia a la prescripción se ceñiría a los términos y alcances en los que ésta se produzca. Si el deudor quiere renunciar a uno o dos días, pues sólo renunciará a uno o dos días. Nadie puede obligarlo a renunciar a todo el plazo prescriptorio que ha ganado.

*15.3.1.2. Formas de renuncia a la prescripción*

Ahora bien, siguiendo lo dispuesto en el artículo 1991, debemos decir que hay dos formas de renunciar a la prescripción. La primera es la renuncia expresa, y la segunda es la renuncia tácita.

La renuncia expresa implica, como resulta evidente, que el deudor manifieste explícitamente su voluntad de renunciar a la prescripción que ha ganado. La renuncia podría realizarse en persona o, por ejemplo, a través de una carta, de un correo electrónico e, incluso, vía telefónica.

Ése es el primer camino. El segundo camino, el más común, es, como ya indicamos, la renuncia tácita.

La renuncia tácita consiste en la realización de actos o conductas —por parte del deudor— que resulten total y absolutamente incompatibles o contradictorios con la voluntad de hacer valer la prescripción a su favor.

Es claro que el acto manifiestamente contrario a la voluntad de querer hacer valer la prescripción ya ganada y, por ende, el ejemplo más representativo de renuncia tácita, es el pago de la obligación.

Si «D» pagara a «A» los 100,000 nuevos soles que le adeudaba, ese pago significaría que «D» habría renunciado a la prescripción que hasta ese momento había ganado. No importa si la prescripción ganada era total (es decir, si ya habían transcurrido los diez años), o parcial (si el plazo prescriptorio aún no se había cumplido).

Cuando se produce el pago total, la obligación se extingue y, por consiguiente, no tiene sentido seguir hablando de prescripción, pues ya no sería posible que «algo» prescriba en el futuro.

Al respecto, cabe preguntarse si la renuncia también se configuraría si «D», en vez de pagar los 100,000 nuevos soles que debía, pagara sólo 50,000, esto es, si el pago que realizara fuera parcial.

En principio, la respuesta sería que con ese pago parcial «D» sí habría renunciado a la prescripción ya ganada. Al fin y al cabo, el pago parcial es un pago y, por lo mismo, se trataría de un acto contradictorio al deseo de valerse de la prescripción.

Sin perjuicio de lo anterior y pese a que ello resultaría inusual, podría ocurrir que «D» realizara un pago parcial, pero declarando que con él no renuncia a la prescripción ya ganada. Así, «D», al pagar 50,000 nuevos soles, podría dejar constancia de que tal acto únicamente tiene por objetivo honrar parte de una obligación natural, dejando sentado, además, que el mismo no implica la renuncia a la prescripción por el saldo.

En ese supuesto, el pago parcial no conllevaría una renuncia tácita a la prescripción. No obstante, reiteramos que para que ello ocurra el deudor tendría que precisarlo, esto es dejar constancia de que no renuncia al plazo que ha ganado respecto de la parte de la obligación que no ha sido cumplida.

Dilucidado este punto, pasemos a revisar cómo opera la renuncia a la prescripción en los casos en que la obligación es solidaria.

### *15.3.2. La renuncia a la prescripción en las obligaciones solidarias*

A través del artículo 1198 del Código Civil Peruano se prevé que la renuncia a la prescripción por uno de los codeudores no surte efecto respecto de los demás, lo que equivale a decir que no los perjudica. Asimismo, el deudor que hubiese renunciado a la prescripción no podrá repetir contra los deudores liberados por la misma (ya que esto equivaldría a perjudicarlos por una vía distinta). En resumen, la regla

es que la renuncia a la prescripción por uno de los codeudores genera efectos personales y no alcanza a los demás.

El texto del citado artículo es el siguiente:

> *Artículo 1198.– «La renuncia a la prescripción por uno de los codeudores solidarios no surte efecto respecto de los demás. El deudor que hubiese renunciado a la prescripción, no puede repetir contra los codeudores liberados por prescripción.*
>
> *La renuncia a la prescripción en favor de uno de los acreedores solidarios, favorece a los demás».*

Tal como podemos apreciar, la norma bajo análisis es bastante clara respecto de los efectos que origina la renuncia a la prescripción efectuada por uno los deudores solidarios.

Como informa el sentido común, es obvio que el deudor que renuncia a la prescripción va a verse afectado por esa renuncia. La norma presupone eso mismo, y se preocupa, más bien, por establecer que esa renuncia no se extiende a los demás deudores solidarios.

De esta manera, la ley prescribe que los efectos de la renuncia a la prescripción son personales con respecto a los deudores; no son comunes.

Ese carácter personal de la renuncia respecto de quien la efectúa, determina que la norma indique expresamente que el deudor que renuncia no puede repetir contra los codeudores liberados por prescripción.

Lo anterior significa que si el deudor que renunció a la prescripción paga la deuda, no podría luego cobrar a sus deudores solidarios la parte que a ellos les correspondía pagar. Esto es así, esencialmente, por dos motivos.

En primer lugar, porque la deuda ya había prescrito y, por ende, la obligación que ese deudor pagó era, en realidad, una obligación natural. En segundo lugar, porque la renuncia es voluntaria y quien decidió renunciar a la prescripción y pagar la obligación debe asumir las consecuencias de su decisión, sin que ella afecte a sus codeudores solidarios que no participaron de esa decisión.

Por último, el artículo 1198 del Código nacional también se refiere a los efectos que tiene la renuncia cuando hay solidaridad activa y el deudor común renuncia a la prescripción a favor de uno de los acreedores solidarios.

Si la obligación se hubiera convertido en natural y el deudor decide pagarla, renunciando a la prescripción a favor de uno de los acreedores, sería injusto que los otros acreedores solidarios no se vean favorecidos por esa renuncia y que, en virtud de la prescripción, no pudieran reclamar la parte del pago que les corresponda en la relación interna.

En este punto cabe precisar que el texto del artículo 1198 del Código Civil Peruano se encuentra en concordancia con lo establecido por los artículos 1194 (constitución en mora) y 1199 (reconocimiento de la deuda), en el sentido de que los efectos de la renuncia a la prescripción por uno de los codeudores solidarios no se propagan respecto de los demás (es decir que no los perjudican); en tanto que la renuncia a la prescripción en favor de uno de los acreedores solidarios, favorece a los demás (es decir que los beneficia).

El artículo 1198, al igual que los artículos 1194 y 1199, se encuentra, en uno de sus extremos, en aparente contradicción con el principio que inspira el artículo 1196 del propio Código, en relación a los efectos de los actos interruptorios de la prescripción, pero, como antes lo explicamos, el tratamiento que distingue al artículo 1196 se encuentra plenamente justificado.

Por último, debemos señalar que si la obligación fuese indivisible y solidaria, se aplicaría el artículo 1198, por las reglas de la solidaridad y en virtud de lo previsto por el artículo 1181, segundo párrafo, que hace extensiva esta norma de las obligaciones solidarias a la obligación indivisible, dado que se trata de un principio común a ambas clases de obligaciones.

Y si la obligación fuese divisible y solidaria se aplicaría, desde luego, el citado artículo 1198.

## 16. RECONOCIMIENTO DE LA DEUDA POR UN CODEUDOR SOLIDARIO O POR EL DEUDOR FRENTE A UN COACREEDOR SOLIDARIO O A UN ACREEDOR

Como antes lo señalamos, el artículo 1205 del Código Civil Peruano establece que el reconocimiento de una obligación puede efectuarse por testamento o por acto entre vivos. El precepto dispone, además, que en este último caso si para constituir la obligación primitiva se hubiera prescrito alguna forma determinada, el reconocimiento deberá practicarse en la misma forma.

El reconocimiento en las obligaciones solidarias se encuentra regulado en el artículo 1199, cuyo texto es el siguiente:

> *Artículo 1199.- «El reconocimiento de la deuda por uno de los deudores solidarios, no produce efecto respecto a los demás co-deudores.*
>
> *Si se practica el reconocimiento por el deudor ante uno de los acreedores solidarios, favorece a los otros».*

El artículo 1199 del Código Civil establece que el reconocimiento de la deuda por uno de los deudores solidarios, no produce efecto respecto a los demás codeudores. Agrega el citado precepto que si se practica el reconocimiento por el deudor ante uno de los acreedores solidarios, favorece a los demás.

Como puede apreciarse, el reconocimiento de la obligación opera de manera similar a la renuncia a la prescripción, en el sentido de que sus efectos sólo vinculan al deudor que realiza el acto, el mismo que beneficia a todos los acreedores solidarios y no únicamente a aquel en cuyo favor se efectuó.

Así, en tanto el reconocimiento es un acto voluntario y personal, sus efectos recaen sólo sobre el codeudor que lo realiza. Los codeudores de quien reconoce una obligación no tienen por qué verse afectados por un acto en el que no han tenido participación alguna.

Ello cambia cuando la solidaridad es activa, pues el reconocimiento del deudor común alcanza a todos los acreedores solidarios, y no sólo a aquél ante quien se realizó el acto de reconocimiento. Tal como lo hemos resaltado en más de una oportunidad al estudiar tanto la renuncia a la prescripción como el reconocimiento, el ordenamiento jurídico no desea que en la relación interna se beneficie uno solo y se perjudiquen los demás.

Los efectos previstos para el reconocimiento de la obligación por el artículo 1199 del Código Civil son, entonces, exactamente los mismos que aquellos contemplados en el artículo 1198 del mismo cuerpo legislativo. El reconocimiento de la deuda por uno de los deudores solidarios, no perjudica a los demás codeudores; mientras que el reconocimiento de la obligación por el deudor común ante uno de los acreedores solidarios, sí favorece a los demás.

En este punto queremos precisar que el artículo 1199 del Código Civil, se encuentra en absoluta concordancia con lo dispuesto por los artículos 1194 (referido a la constitución en mora) y 1198 (renuncia a la prescripción), en el sentido de que el reconocimiento de la deuda por uno de los deudores solidarios, no produce efecto respecto a los demás codeudores (es decir, que no los perjudica); en tanto que si se practica el reconocimiento por el deudor ante uno de los acreedores solidarios, dicho reconocimiento favorece a los otros acreedores (es decir, que los beneficia).

Debemos agregar que si la obligación fuese indivisible y solidaria, regirá el artículo 1199, que legisla la solidaridad, y el artículo 1181, segundo párrafo, del propio Código Civil, que aplica para los casos de indivisibilidad las reglas de la solidaridad.

Si la obligación fuese divisible y solidaria, también se aplicaría el artículo 1199.

## 17. LA RENUNCIA A LA SOLIDARIDAD

### 17.1. Renuncia del acreedor a la solidaridad

El artículo 1200 del Código Civil regula el tema de que el acreedor común, en una obligación en la que existe solidaridad pasiva, renuncie a la solidaridad en favor de uno solo de los deudores. En este supuesto, por haber renunciado exclusivamente en favor de él, conservará la acción solidaria en contra de los demás.

El texto del referido numeral establece lo siguiente:

> *Artículo 1200.– «El acreedor que renuncia a la solidaridad en favor de uno de los deudores, conserva la acción solidaria contra los demás.*
>
> *El acreedor que otorga recibo a uno de los deudores o que acciona judicialmente contra él, por su parte y sin reserva, renuncia a la solidaridad».*

Sería injusto que el acreedor que ha renunciado a la solidaridad se vea restringido a exigir a los deudores respecto de quienes no renunció, no el total convenido, sino una suma menor, ya que se le estaría limitando, sin justificación, las prerrogativas de cobro en relación a deudores que siguen manteniendo la calidad o condición de solidarios. Por

ello, el legislador de 1984 ha hecho bien en señalar que el acreedor que renuncia a la solidaridad en favor de uno de los deudores, conserva la acción solidaria contra los demás.

Así, si tenemos a un acreedor «A» con tres deudores, «D1», «D2» y «D3», con una prestación de 60,000 nuevos soles, y luego «A» renuncia a la solidaridad con respecto a «D1», esto significa que a «D1» sólo le podría cobrar, divisible y mancomunadamente, 20,000 nuevos soles; pero a «D2» y a «D3» les podía cobrar solidariamente la suma de 60,000 nuevos soles. Es claro que la suma a cobrarles no es de 40,000 nuevos soles, pues respecto a ellos no hay renuncia a la solidaridad. Eso no impide que en la relación interna de la deuda tanto «D1» como «D2» y «D3» sigan obligados cada uno por 20,000 nuevos soles.

Por otra parte, cabe apreciar que el segundo párrafo del artículo 1200 del Código Civil Peruano plantea dos formas por las cuales el acreedor común puede renunciar a la solidaridad en favor de uno de sus codeudores. La primera es aquélla en la cual el acreedor otorga recibo al deudor, sin reserva alguna. Esta última expresión significa que en el mencionado recibo no se coloque ninguna observación en el sentido de que se acepta el pago parcial, pero que dicha aceptación no implica o conlleva renuncia alguna a la solidaridad pactada o establecida por ley. La segunda, que el acreedor promueva acción judicial contra uno de los codeudores solidarios, por su parte y sin reserva. La solución del precepto es de una lógica incontestable, pues los artículos 1201 y 1203 del propio Código, prevén, finalmente, la distribución a prorrata de la prestación entre todos los codeudores, considerando la insolvencia de alguno de ellos.

Como expresa León Barandiarán,[130] tratándose de la solidaridad pasiva, la renuncia puede ser total o parcial, es decir, con relación a todos los deudores o a uno o algunos de ellos. En este último caso, la solidaridad se mantiene respecto a los otros deudores, pues como se dice, tal renuncia es *in personam* no es *in rem*. Agrega que, tratándose de la solidaridad activa, la renuncia hecha por uno de los acreedores, no perjudica a los otros.

---

130 LEÓN BARANDIARÁN, José. *Op. cit.*, p. 131.

Debemos señalar, además, que si la obligación fuese indivisible y solidaria, debería aplicarse el artículo 1200, en virtud de lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 1181 del Código Civil.

Sin embargo, observamos que la aplicación del artículo 1200, para el caso en que la obligación solidaria también fuese indivisible, resultará en la mayoría de los supuestos imposible, ya que no cabría renuncia a la indivisibilidad cuando ésta proviniese de la naturaleza de la prestación. Sólo sería factible su aplicación al supuesto de una obligación indivisible y solidaria, cuando el carácter de indivisible haya sido determinado por voluntad de las partes.

Si la obligación fuese divisible y solidaria, sin lugar a dudas resultaría de aplicación el artículo 1200.

Antes de concluir nuestros comentarios acerca de la renuncia del acreedor a la indivisibilidad o a la solidaridad, queremos formular una reflexión. Para el caso de las obligaciones mancomunadas e indivisibles, y si la obligación consistiese en dar sumas de dinero u otra prestación divisible por naturaleza —pero convertida en indivisible por pacto— y el acreedor renunciara a la indivisibilidad respecto a uno de los codeudores, podría aplicarse, por analogía, el precepto citado.

### 17.2. Renuncia del acreedor a la solidaridad, respecto de uno de los deudores, resultando insolvente(s) otro u otros de los deudores

El artículo 1201 del Código Civil Peruano señala lo siguiente:

> Artículo 1201.- *«Si el acreedor renuncia a la solidaridad respecto de uno de los deudores, y alguno de los otros es insolvente, la parte de éste se distribuye a prorrata entre todos los codeudores, comprendiendo a aquél que fue liberado de la solidaridad».*

El citado precepto aborda las consecuencias de la renuncia del acreedor a la solidaridad respecto a uno de los codeudores, cuando resulta insolvente otro de los codeudores solidarios. Evidentemente, el precepto sólo regirá en los casos de solidaridad pasiva.

Se trata del mismo supuesto de hecho del artículo 1200, pero con la circunstancia adicional de que uno de los codeudores (distinto a aquel frente al cual el acreedor común renuncia a la solidaridad) deviniese en insolvente. En este caso, la parte de dicho deudor se distribuirá a pro-

rrata entre todos los codeudores, incluyendo a aquel a quien el acreedor liberó de la solidaridad. Sin embargo, este último deudor sólo deberá su parte en la obligación, más la porción proporcional que resulte de la parte del codeudor insolvente distribuida entre los restantes codeudores. Ahora bien, con igual razonamiento resulta evidente que los codeudores no liberados de la solidaridad por el acreedor común seguirán en la misma condición de solidarios por el resto de la obligación. Pero en caso de insolvencia de alguno de quienes permanecen como codeudores solidarios, los demás también deberán responder por la parte de tal insolvente en proporción a lo que les corresponda en las relaciones internas entre todos los codeudores.

Adicionalmente, hacemos de aplicación al tema de la renuncia del acreedor a la indivisibilidad o a la solidaridad, resultando insolvente otro u otros de los deudores (regulado en el artículo 1201) —*mutatis mutandis*—, nuestros comentarios relativos a la renuncia a la indivisibilidad (tema tratado al reseñar el artículo 1200 del Código nacional).

Para concluir, debemos señalar que si la obligación fuese indivisible y solidaria, se aplicaría el artículo 1201, por ser una norma propia de la solidaridad, concordante con lo previsto por el artículo 1181; y si fuese divisible y solidaria, regirá el mismo artículo 1201.

### 17.3. Renuncia del acreedor a la solidaridad respecto de parte de los frutos o intereses

El artículo 1202 del Código Civil Peruano establece lo siguiente:

> *Artículo 1202.- «El acreedor que, sin reserva, recibe de uno de los deudores solidarios parte de los frutos o de los intereses adeudados, pierde contra él la acción solidaria por el saldo, pero la conserva en cuanto a los frutos o intereses futuros».*

El citado precepto trata acerca del supuesto en que el acreedor de obligación solidaria reciba —sin reserva— de uno de los codeudores solidarios, parte de los frutos o de los intereses adeudados.

En este caso, no perderá la solidaridad respecto de dicho deudor con relación al capital adeudado, sino solamente sobre los frutos o intereses devengados. Esta renuncia no rige con relación a los frutos o intereses futuros (aún no devengados).

Sin lugar a dudas, el carácter solidario de la obligación principal o del capital, se traslada también a los frutos del mismo, que en el caso de las obligaciones dinerarias, al igual que en el mutuo de bienes consumibles, son los intereses.

Es claro que si, tal como lo establece el artículo 1200, cabe la renuncia por el acreedor a la solidaridad en favor de uno de los deudores, con mayor razón se puede decir que es posible que el acreedor renuncie, respecto a uno de los codeudores solidarios, a parte de los frutos o intereses adeudados. En estos casos, como hemos visto, la renuncia a la solidaridad de los frutos o intereses no se traducirá en una renuncia a la solidaridad sobre el principal, ya que éste no sigue la suerte de lo accesorio.

En el mismo orden de ideas, podríamos decir que si la renuncia a la solidaridad se hubiese producido respecto al capital (supuesto del artículo 1200), dicha renuncia conllevará necesariamente la renuncia a la solidaridad para el cobro de los frutos o de los intereses adeudados; esto, en estricta aplicación del principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

## 18. LAS RELACIONES INTERNAS ENTRE LOS DEUDORES Y ENTRE LOS ACREEDORES DE OBLIGACIONES INDIVISIBLES Y SOLIDARIAS

### 18.1. División de la obligación en las relaciones internas entre los diversos codeudores o coacreedores

El artículo 1203 del Código Civil de 1984 establece lo siguiente:

> *Artículo 1203.– «En las relaciones internas, la obligación solidaria se divide entre los diversos deudores o acreedores, salvo que haya sido contraída en interés exclusivo de alguno de ellos.*
>
> *Las porciones de cada uno de los deudores o, en su caso, de los acreedores, se presumen iguales, excepto que lo contrario resulte de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso».*

Como se observa, el artículo 1203, primer párrafo, del Código Civil, ha previsto una presunción legal en el sentido de que en las relaciones internas la obligación solidaria se divide entre los diversos deudores o acreedores, salvo que hubiese sido contraída en interés exclusivo de alguno de ellos.

Adicionalmente, el segundo párrafo del citado artículo 1203 del Código Civil prescribe que las porciones de cada uno de los deudores o, en su caso, de los acreedores, se presumen iguales, excepto que lo contrario resulte de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso.

En realidad, no siempre tiene por qué contraerse una obligación en la que participen por partes iguales cada uno de los deudores o acreedores de la prestación.

Para ilustrar lo mencionado, vamos a citar un ejemplo.

Se trataría de un contrato de mutuo (préstamo dinerario) en virtud del cual dos acreedores solidarios otorgan en préstamo a tres deudores de la misma condición solidaria, la suma de 60,000 nuevos soles, a ser devueltos sin interés alguno.

El «Acreedor 1» ha participado con 40,000 nuevos soles en el préstamo, mientras que el «Acreedor 2» ha participado sólo con 20,000 nuevos soles. Y, en el caso de los deudores, el «Deudor 1» ha recibido la suma de 30,000 nuevos soles, el «Deudor 2» la cantidad de 20,000 nuevos soles y el «Deudor 3» 10,000 nuevos soles.

En este ejemplo resulta evidente que en las relaciones internas no todos los acreedores ni todos los deudores tienen igual interés en la obligación. Al «Acreedor 1» le corresponderá la suma de 40,000 nuevos soles en las relaciones internas, en la forma siguiente: Del «Deudor 1», 20,000 nuevos soles, del «Deudor 2», 13,333.33 nuevos soles, y del «Deudor 3», 6,666.66 nuevos soles. Por su parte, respecto del «Acreedor 2», éste recibirá 20,000 nuevos soles, en las proporciones que le correspondan (pues así se ha dividido el crédito con el «Acreedor 1»).

Debemos insistir en que el pago se efectuará de manera solidaria por los tres deudores frente a los dos acreedores, y que solamente estamos anotando qué porcentajes del monto deberán ser sufragados por cada uno de los deudores y cobrados por cada acreedor (pero sólo en lo que respecta a la división interna de la deuda).

En relación con el artículo 1203 del Código Civil, debemos hacer hincapié, una vez más, en que esta norma trata únicamente de las relaciones internas de los deudores y acreedores, que no afectan a la obligación solidaria. En una obligación solidaria cada acreedor cobra el íntegro y cada deudor responde por el íntegro. Las divisio-

nes previstas en este numeral son únicamente las concernientes a las relaciones internas.

Respecto de las excepciones a la presunción de igualdad de las porciones, contempladas por el propio artículo 1203 del Código Civil, en su segundo párrafo, es decir que lo contrario resulte de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso, consideramos que los dos primeros supuestos no requieren comentarios, ni mayores explicaciones o ejemplos. Respecto de la tercera hipótesis, vale decir, cuando lo contrario resulte de las circunstancias del caso, podemos afirmar que ella se refiere a la ausencia de pacto en el contrato, pero que de él, y de las eventualidades de su entorno, se pueda inferir la desigualdad de las porciones.

Para el caso de la solidaridad pasiva, suponiendo que uno de los codeudores solidarios haya pagado la totalidad de la deuda, ¿tiene algún recurso contra sus codeudores?

La solución en el Derecho Romano es confusa. En la doctrina encontramos tres sistemas: (1) El primero, que niega en absoluto el recurso por considerarlo incompatible con la naturaleza de la obligación solidaria; el deudor que ha pagado la totalidad de la deuda —se sostiene en este sistema— ha pagado lo que debía y, por consiguiente, faltaría toda razón para concederle recurso alguno contra sus codeudores; (2) El segundo sistema, radicalmente opuesto al anterior, que establece como principio indiscutible el derecho del deudor para entablar el recurso; este recurso responde al propósito de impedir que los codeudores se enriquezcan a costa de quien hizo el pago; (3) En un tercer sistema, intermedio entre los dos anteriores, se enseña que en la cuestión del recurso no puede darse una solución absoluta: el recurso procederá o no, según que entre los codeudores solidarios haya existido o no una comunidad de intereses.

El Código Civil Peruano ha seguido el tercer sistema: el recurso procederá o no, según haya existido o no una comunidad de intereses. Si existe entre los codeudores solidarios una comunidad de intereses, el recurso procede en la medida del interés que cada uno tenga en la operación; las partes podrán ser iguales o desiguales. En nuestro Código el legislador presume la existencia de esta comunidad. Así se desprende del artículo 1203 del Código Civil.

Si no existe entre los codeudores solidarios una comunidad de intereses, el peso de la obligación deberá ser asumido íntegramente por el deudor en cuyo interés fue contraída: si el pago fue hecho por otro codeudor, éste tendrá un recurso contra el verdadero obligado por la totalidad de su importe; si el pago fue hecho por el deudor interesado, él no tendrá, por el contrario, recurso alguno contra sus codeudores.

Para ejercitar el recurso contra los otros codeudores se promovería, sin duda, la acción de subrogación prevista por el artículo 1260, inciso 1, del Código Civil.

El codeudor solidario que hizo el pago se subrogaría en los derechos del acreedor. Debe tenerse presente que la subrogación establecida por el artículo 1260 del Código Civil operará respecto a la parte que en las relaciones internas tenía cada uno de los codeudores, conforme al artículo 1263 del mismo Código, sin que se transmita, en virtud de tal subrogación, la solidaridad.

Un tema que plantea Guillermo A. Borda y que se relaciona con el artículo 1203 del Código Peruano, es el relativo al supuesto en el cual uno de los codeudores hubiese pagado una cantidad igual o menor a su parte en la obligación, preguntándose si dicho codeudor tendría acción de contribución contra sus codeudores. Señala Borda[131] que la cuestión ha sido discutida y no faltan quienes se deciden por la afirmativa, sosteniendo que el que paga, lo hace por todos, a todos beneficia, y es natural, por tanto, que el pago parcial haga nacer una acción de contribución al igual que el pago total. Nosotros, sin embargo, no compartimos dicho parecer, al considerar que ésta sería una solución atinente a una lógica excesivamente rígida y que contempla sólo un aspecto del problema, olvidándose que quien paga su parte o menos de ella, paga sólo lo que debe, de tal modo que la acción de contribución carece de sustento, a lo que se podría agregar que el planteamiento complicaría absurdamente la liquidación de la deuda, al dar origen a un sinnúmero de acciones de contribución recíprocas, razón por la cual se puede concluir en que sólo tiene acción de contribución el codeudor que ha pagado, pero únicamente por el exceso.

---

131 BORDA, Guillermo A. *Op. cit.*, tomo I, p. 476.

Por último, debemos agregar que si la obligación fuese indivisible y solidaria, regiría lo dispuesto por el artículo 1203, por aplicación directa y por remisión, pues se trataría de un caso de indivisibilidad y solidaridad previsto por el artículo 1181, segundo párrafo, del Código Civil, del texto siguiente: «*[...] Si la obligación indivisible es solidaria, se aplican las normas de la solidaridad, así como lo dispuesto por el artículo 1177*».

Y si la obligación fuese divisible y solidaria, es evidente que también se aplicaría en forma directa el artículo 1203. En la misma medida en que si fuese indivisible y mancomunada regiría el mismo precepto, por remisión del primer párrafo del artículo 1181 del Código Civil, que establece que «*Las obligaciones indivisibles se rigen, además, por los artículos 1184, 1188, 1192, 1193, 1194, 1196, 1197, 1198, 1199, 1203 y 1204*».

### 18.2. Supuesto de insolvencia de algún codeudor

El artículo 1204 del Código Civil regula el supuesto de insolvencia de alguno de los codeudores. El texto de la citada norma es el siguiente:

> *Artículo 1204.- «Si alguno de los codeudores es insolvente, su porción se distribuye entre los demás, de acuerdo con sus intereses en la obligación.*
>
> *Si el codeudor en cuyo exclusivo interés fue asumida la obligación es insolvente, la deuda se distribuye por porciones iguales entre los demás».*

El principio general, consignado en el primer párrafo del precepto, es que si algún codeudor fuese insolvente, su porción se distribuiría entre los demás, en estricta proporción a sus intereses en la obligación.

Un ejemplo sería aquél en el cual tres deudores solidarios contraen la obligación de pagar 60,000 nuevos soles a un acreedor común, pero sus participaciones, en las relaciones internas, son de 30,000 nuevos soles el «Deudor 1», 20,000 nuevos soles el «Deudor 2» y 10,000 nuevos soles el «Deudor 3». Si el «Deudor 1» resultase insolvente, la deuda se distribuiría, en la relación interna, proporcionalmente a los intereses en la obligación de los otros dos codeudores. Así, el «Deudor 2» debería 40,000 nuevos soles y el «Deudor 3», 20,000 nuevos soles.

No está de más precisar que la situación de insolvencia prevista por el artículo 1204 del Código nacional podría presentarse no sólo respecto de uno sino de más de uno de los codeudores, para cuyo efecto se tendría que efectuar la misma operación en cada caso.

Por su parte, el segundo párrafo del artículo 1204 del Código Civil regula el supuesto en el cual la deuda haya sido contraída en único y exclusivo interés de uno de los deudores. En este caso, de resultar insolvente dicho codeudor, la deuda se distribuiría en porciones iguales entre los demás codeudores, o la asumiría íntegramente un único codeudor, si todos los demás fuesen insolventes.

En este último orden de ideas, si la deuda hubiese sido contraída en interés exclusivo de dos o más codeudores y todos ellos resultasen insolventes, igualmente la deuda se distribuiría por partes iguales entre el resto de codeudores en cuyo interés no se asumió.

Otro supuesto es aquel en el cual la deuda se contraiga en interés de dos codeudores y existan más de dos, y uno de los codeudores en cuyo interés se contrajo la obligación resulta insolvente. En este caso, la solución lógica sería que el otro codeudor, en cuyo interés se contrajo la obligación, asumiría el íntegro de la deuda, mas no así los otros codeudores en cuyo interés no se contrajo dicha deuda.

Un tema importante que plantea Borda[132] es el relativo a si la insolvencia de la que hemos tratado en estos comentarios debe ser anterior o posterior al pago. Señala el citado tratadista argentino que según opinión de algunos autores, la norma debe aplicarse solamente a la insolvencia anterior al pago, y no a la posterior, sosteniéndose para este último caso que quien pagó pudo repetir el pago y no lo hizo a tiempo, razón por la cual debe asumir él solo el peso de la parte del insolvente. Concordamos con Borda en no distinguir, por ser lógico y justo, ambas situaciones, aparte de que la ley no hace diferencia alguna al respecto. Como dice Borda, el hecho de que la insolvencia haya sido posterior al pago no siempre significa negligencia por parte del codeudor que pagó y que luego no exigió a tiempo el reintegro; y sólo en caso de que la negligencia haya sido manifiesta, podrán los otros codeudores negarse a contribuir al pago de la parte del insolvente.

---

132 BORDA, Guillermo A. *Op. cit.*, tomo I, p. 59.

Por último, debemos señalar que si la obligación fuese indivisible y solidaria, se aplicaría el artículo 1204, relativo a la solidaridad (segundo párrafo del artículo 1181), y el primer párrafo del numeral 1181 del propio Código Civil, que soluciona con la metodología de la solidaridad los casos de indivisibilidad. Los mismos preceptos, salvo el segundo párrafo del artículo 1181, serían de aplicación si la relación obligatoria fuese indivisible y mancomunada.

# TÍTULO VII
# RECONOCIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES

## 1. CONSIDERACIONES GENERALES Y ESPECÍFICAS

Si una obligación existe es porque ha nacido a través de un título constitutivo. Así, esa obligación no tendría necesidad de un posterior reconocimiento del deudor para existir, salvo que el acreedor no contara con los medios probatorios para acreditar su existencia.

El reconocimiento de una obligación es un acto que realiza voluntariamente el deudor, a través del cual admite la existencia de su obligación para con el acreedor.

El reconocimiento de la obligación —además de encontrarse establecido como uno de los supuestos que ocasiona la interrupción del plazo prescriptorio, conforme a lo dispuesto en el inciso 1 del artículo 1996—, ha sido regulado en el artículo 1205, el que prescribe lo siguiente:

> *Artículo 1205.- «El reconocimiento puede efectuarse por testamento o por acto entre vivos. En este último caso, si para constituir la obligación primitiva se hubiera prescrito alguna forma determinada, el reconocimiento deberá practicarse en la misma forma».*

Es claro que el artículo 1205 del Código Civil Peruano de 1984, solamente se aplica si quien reconoce la existencia de una obligación es el deudor. No hay reconocimiento alguno, obviamente, si quien lo hace es el acreedor, pues ello no sería relevante para que él o sus herederos dispusieran de este medio para exigir la prestación al deudor.

El reconocimiento de una obligación tiene determinados fines. Por ejemplo, aceptar la existencia de una obligación cuya ejecución puede ser, inclusive, de tracto sucesivo y que carece de título; o suscribir una nueva escritura pública de donación de un bien inmueble por haberse perdido la original, pues si no se extendió la original nada habría que reconocer, ya que el acto jurídico sería nulo por mandato del artículo 1625 del Código Civil; u otorgar un documento privado de reconocimiento de un mutuo, por haberse extraviado el documento original; o interrumpir una prescripción; etc.

Respecto de la formalidad exigida por el artículo 1205 para efectuar el reconocimiento de una obligación, existen dos posiciones: una que avala la tesis del Código Civil, ya que el reconocimiento, al verificar la existencia de una obligación anterior, exige a las partes (o sujeto, en singular, pues podría tratarse de un acto unilateral que genere una obligación, como en el caso de una promesa unilateral de recompensa) seguir la formalidad que la ley impone para la celebración de dicho acto (se entiende que podría adoptarse una formalidad más rígida o que revista mayores seguridades). La ley impone formalidades, justamente, porque quiere que la parte o partes de un acto mediten lo suficiente respecto del mismo, y pueda ser probado fehacientemente porque lo considera relevante.

De otro lado, podría sostenerse —y en la realidad de los hechos se sostiene— la inconveniencia de que el Código Civil haya planteado, en su artículo 1205, que el reconocimiento de una obligación deba hacerse —si el acto original requería de alguna formalidad para su otorgamiento— de acuerdo con la misma formalidad originalmente impuesta por la ley. Se aduce, para ello, que se trata de un simple reconocimiento de algo que ya existía, y que no se está ante la celebración del acto mismo (para cuya realización o celebración oportunamente se adoptó la forma prevista por el legislador).

Por nuestra parte, consideramos acertado el primer criterio —el asumido por el Código Civil Peruano—, ya que el segundo podría suscitar grave incertidumbre jurídica. Concretamente nos referimos a la hipótesis de que se pudiese invocar cualquier reconocimiento —inclusive el oral— para exigir el cumplimiento de una obligación que hubiese requerido, para ser constituida, de formalidades especiales; por ejemplo, de escritura pública.

Debemos señalar que existen dos formas de efectuar el reconocimiento de una obligación. La primera, por acto *mortis causa*; la segunda, por acto *inter vivos*.

Sobre el reconocimiento *inter vivos*, hay diferentes modos de realizarlo, entre otros, el reconocimiento por escritura pública, por carta notarial, por facsímil, por correo electrónico, e, incluso, el reconocimiento personal.

Cabe resaltar que de la breve lista citada como ejemplo, el reconocimiento personal es el menos seguro, dado que no deja constancia alguna y, en consecuencia, es difícil, sino imposible, de probar. Esa dificultad probatoria otorga al deudor la posibilidad de arrepentirse y no sólo negar la existencia de la obligación, sino también la del reconocimiento que aduciría el acreedor.

De esta manera, pese a que la norma posibilita que el reconocimiento sea válido y, por consiguiente, genere efectos con la sola declaración del deudor de manera oral y sin testigos, en la práctica eso puede no servir de mucho al acreedor. Si el deudor se arrepintiera, el acreedor nuevamente tendría dificultades probatorias.

Un punto importante que debemos aclarar es que el legislador de 1984 cometió una equivocación al señalar, en el caso del reconocimiento *inter vivos*, que «si para constituir la obligación primitiva se hubiera prescrito alguna forma determinada, el reconocimiento deberá practicarse en la misma forma».

Así, el legislador ha utilizado erróneamente la expresión *obligación primitiva*, la cual no tiene cabida en el tratamiento normativo del reconocimiento, en tanto éste no supone la existencia de una obligación primitiva y una obligación posterior. En materia de reconocimiento hay una sola obligación, que es la que se reconoce, sin que ese reconocimiento genere el nacimiento de una obligación distinta a aquella que se está reconociendo.

El reconocimiento no constituye un acto generador de obligaciones. El reconocimiento es un acto por el que se admite la existencia de una obligación, sin que ello signifique la modificación de sus términos.

En lo que concierne al reconocimiento *mortis causa*, es conveniente advertir que podríamos denominarlo como *reconocimiento testamenta-*

*rio*, en la medida en que únicamente se puede realizar a través de un testamento.

Así las cosas, conviene repasar algunas ideas básicas respecto de la figura del testamento, señalando principalmente que éste consiste en lo que también se conoce con el nombre de acto de última voluntad; ello, porque se mantiene hasta la muerte del testador como la voluntad vigente. En el testamento se encuentra declarada la última voluntad del testador; no importa cuándo se otorgó, lo que sí importa es que nunca se haya revocado. Puede haberse otorgado el día anterior a la muerte, un año o cincuenta años antes, ya que eso no resulta relevante, pues los efectos serán los mismos.

En el Perú los testamentos se caracterizan por ser personales, de modo que es jurídicamente imposible otorgar un testamento conjunto o grupal. Un acto así carecería de validez.

Principalmente y más allá de las formas especiales de testamentos regulados en nuestro ordenamiento jurídico, el Código Civil de 1984 reconoce tres maneras de otorgar testamento. Así, conforme a nuestro sistema, una persona puede optar por otorgar un testamento ológrafo, un testamento por escritura pública o un testamento cerrado.[133]

---

133 El testamento ológrafo es el otorgado de puño y letra del testador, fechándolo y agregando su firma. Ese testamento no pasa por ningún notario o por ninguna otra formalidad para ser válido, pero para ser eficaz debe ser protocolizado, previa comprobación judicial, dentro del plazo máximo de un año contado desde la muerte del testador.

El testamento por escritura pública es aquél que se otorga ante notario público y con la presencia de dos testigos. El notario redacta de puño y letra el acto testamentario y las disposiciones testamentarias, el testador firma cada página, al igual que los testigos y el notario. El testamento es elevado a escritura pública y conservado en la notaría. Se inscribe en el Registro la anotación de que el testador, en efecto, otorgó el testamento, mas no se señala el contenido de éste, el cual es reservado hasta la muerte del testador.

El testamento cerrado viene a ser una suerte de figura intermedia entre los dos anteriores, en tanto en él convergen elementos y características de aquéllos. El Código Civil, en su artículo 699, impone una serie de formalidades que debe reunir este testamento para ser válido.

En primer lugar, el documento en que ha sido extendido debe ser firmado en cada una de sus páginas por el testador, bastando que lo haga al final si lo hubiera escrito con su puño y letra. El documento, además, debe ser colocado dentro de un sobre debidamente cerrado o de una cubierta clausurada, de manera que no pueda ser extraído sin rotura o alteración de la cubierta.

En su testamento el testador puede referirse a cuestiones de diversa índole. Así, el testador puede declarar su última voluntad respecto de asuntos personales, familiares, patrimoniales, o lo que desee.

Por acto *mortis causa*, entonces, sólo podrá realizarse el reconocimiento a través de testamento, por el que el deudor admita la existencia de una obligación, vale decir de una deuda respecto de uno o de varios acreedores.

Sobre esto debemos formular algunas precisiones. Si esta fuera la forma adoptada para reconocer la existencia de la obligación, resulta evidente que el reconocimiento no surtiría efectos para quien contrajo la obligación, sino para sus herederos o legatarios, dada la circunstancia de que solamente operará tal reconocimiento al producirse la muerte del causante. Resulta evidente, además, que si la obligación cuya existencia se reconoce reviste la característica de ser *intuitu personae*, su ejecución resultará imposible por los herederos o legatarios del causante, y se resolvería en una indemnización de daños y perjuicios, naturalmente si éstos se hubiesen producido.

Sin embargo, éstas no serían, necesariamente, las consecuencias en caso de que la obligación hubiera sido reconocida por la vía testamentaria. Podría ocurrir que se tratara de un testamento otorgado por escritura pública, cuya exhibición por el Notario se obtuviera. Se supone, en el caso propuesto, que el reconocimiento no necesita de formalidad

---

En segundo lugar, el testador debe entregar personalmente al notario el referido documento cerrado, ante dos testigos hábiles, manifestándole que contiene su testamento. Si el testador es mudo o está imposibilitado de hablar, esta manifestación la hará por escrito en la cubierta.

En tercer lugar, el notario debe extender en la cubierta del testamento un acta en que conste su otorgamiento por el testador y su recepción por el notario, la cual firmarán el testador (quien se quedará con una copia certificada del acta), los testigos y el notario. Asimismo, el notario debe transcribir dicha acta en su registro, firmándola las mismas personas.

En cuarto lugar, se exige que tanto el segundo como el tercer requisito, se desarrollen y cumplan en un mismo acto.

Por último y conforme a lo dispuesto en el artículo 701, el notario bajo cuya custodia queda el testamento cerrado, lo conservará con las seguridades necesarias hasta que, después de muerto el testador, el juez competente, a solicitud de parte interesada que acredite la muerte del testador y la existencia del testamento, ordene al notario la presentación de este último. La resolución del juez competente se hará con citación de los presuntos herederos o legatarios.

alguna. En esta eventualidad, si bien es cierto que se trataría de un acto *inter vivos*, tal reconocimiento surtiría efectos y la obligación no tendría que ser cumplida necesariamente por los herederos o legatarios, sino por el propio deudor.

Sin embargo, sobre este punto no existe unanimidad de criterios, ya que también se sostiene que un reconocimiento testamentario no podría jamás surtir efectos en vida del otorgante, pues los testamentos son actos de última voluntad, que sólo generan consecuencias a la muerte del causante. Es decir que en buena cuenta un reconocimiento testamentario, si se pretendiese su validez en vida del otorgante, haría que se desnaturalice la propia institución del testamento.

En cambio, de haberse reconocido la existencia de la obligación por acto *inter vivos*, su ejecución sí sería factible de cumplirse por el propio deudor, sea la obligación *intuitu personae* o no. Resulta también evidente que de haberse reconocido una obligación por acto entre vivos y fallece el deudor reconociente, sin haber ejecutado todavía dicha obligación, ésta deberá ser cumplida por sus herederos o legatarios, a menos de tratarse de una obligación *intuitu personae*, en cuyo caso surgen dos hipótesis. La primera, que el deudor fallezca después de reconocida la obligación, pero antes del plazo para su cumplimiento, evento en el que ni se transmite a sus herederos, ni éstos están obligados a pagar daños y perjuicios. La segunda, que el deudor incumpla su obligación *intuitu personae*, y que luego fallezca sin haber resarcido los daños y perjuicios ocasionados a su acreedor. En este caso, los daños y perjuicios deberán ser asumidos por sus herederos.

Como ya indicamos, el acto de reconocimiento no es constitutivo sino meramente declarativo, pues a pesar de no haber sido aún reconocida, la obligación ya existía antes del reconocimiento. El único problema es uno de ejecución, ya que al no constar en ningún instrumento la existencia de la obligación, y al no haber cumplido el deudor, el acreedor o acreedores de la misma no tendrían forma de ejecutarla coercitivamente.[134]

---

134 Sin embargo, hay autores que sostienen que el reconocimiento también puede ser constitutivo de obligaciones, como es el caso de Ángel Gustavo Cornejo (CORNEJO, Ángel Gustavo. *Exposición sistemática y comentario. Derecho de Obligaciones*. Lima, 1938, vol. I, tomo II, pp. 208 y ss.).

Lo anterior conlleva al supuesto en el que el título del reconocimiento aumente la deuda originaria; es decir, cuando no sólo se reconoce la obligación preexistente, sino que además se le señala un monto mayor. Al respecto, debemos precisar que para decidir en cada caso si se trata de un mero reconocimiento, o de un acto creador de nuevas obligaciones, deberá estarse al contenido del instrumento y a las circunstancias que rodearon el otorgamiento de éste. En todos los casos en que la deuda resulte aumentada a través de un acto que al mismo tiempo que reconocerla la incrementa con nuevos rubros, corresponde al acreedor probar la causa jurídica de ese aumento.

Debemos ahora puntualizar la importancia de la última parte del comentado artículo 1205 del Código Civil Peruano, en el sentido de que de realizarse el reconocimiento por acto *inter vivos*, dicho reconocimiento deberá practicarse en la misma forma prescrita para la constitución de la obligación, de exigirse formalidad para tal efecto.

Esto quiere decir que si no hubiese forma alguna establecida para la constitución de la obligación, el deudor reconociente no debería cumplir ninguna formalidad, pudiendo reconocerla por la vía que estime más conveniente.

De lo contrario, si la ley exigiese una formalidad *ad solemnitatem* o *ad probationem* para la constitución de la obligación, dicho deudor deberá, necesariamente, seguir la formalidad prevista por la ley para ese efecto.

Supongamos que se estuviese reconociendo la existencia de un contrato de donación, en el cual el reconociente, esto es, el donante, es el deudor de un bien inmueble. Como el Código Civil exige para la donación de bienes inmuebles el requisito de la escritura pública (artículo 1625), el deudor tendrá, necesariamente, que utilizar dicha formalidad para efectuar el reconocimiento. De lo contrario, carecerá de valor.

La razón de esta norma es la misma que aquella que establece las formalidades para los actos originarios: otorgar a los contratantes (en este caso, al deudor) la posibilidad de meditar sobre el acto jurídico que están celebrando, dada su importancia, y conferirle seguridad.

Debe distinguirse el reconocimiento de una obligación, de la novación de una obligación (medio extintivo de las obligaciones, regulado por los artículos 1302 a 1312 del Código Civil). Se reconoce una obligación

para cualquiera de los fines señalados, pero aquí estamos hablando única y exclusivamente de una obligación (aquella que es materia del reconocimiento), puesto que no se está creando una segunda obligación, sino únicamente reconociendo la existencia de una anterior. En el caso de la novación, cuando se nova se está sustituyendo una obligación por otra, ya sea por cambio de objeto, por cambio de causa fuente o de sujetos; vale decir que en la novación necesariamente estamos ante la presencia de dos obligaciones distintas (una que sustituye a la otra).

También debemos diferenciar el reconocimiento de una obligación, de la confirmación de un acto jurídico.

El tema de la confirmación está regulado por el Código Civil Peruano de 1984, en sus artículos 230 a 232, al finalizar el Libro II, relativo al Acto Jurídico. La confirmación de los actos jurídicos está dirigida no a la celebración de un acto nuevo —o, como en el caso del reconocimiento, a reconocer la existencia de un acto—, sino a que el agente que había viciado su voluntad, o, simplemente, el agente al que la ley facultaba para demandar la anulación judicial del acto, tenga la facultad de confirmar su validez. Debemos recordar, en este punto, que un acto anulable es un acto de validez actual pero de invalidez pendiente, o sea, un acto que surte sus efectos como si fuera plenamente válido, pero sobre el cual pesa la posibilidad de su anulación. Y su anulación no puede ser demandada por cualquiera de las partes, sino únicamente por aquella que la ley faculta. Así, si dicha parte confirma el acto anulable, estará dotando a ese acto de plena y permanente validez. Con la confirmación —expresa o tácita— se elimina aquella invalidez pendiente. Su validez se convierte en perpetua.

Cabe señalar, además, que un acto jurídico puede ser reconocido, pero dicho reconocimiento no implica, necesariamente, su confirmación, ya que una persona puede reconocer un acto que celebró mediando error o dolo —por citar dos ejemplos— y el reconocimiento puede no confirmar el acto celebrado. En este caso, quien reconoce tendrá expedito su derecho para demandar la anulación del acto, o proceder —si así lo desea— a confirmarlo.

Cabe, además, realizar dos precisiones. En primer lugar, que el reconocimiento de una deuda ya prescrita tiene los efectos de transformar el carácter del deber moral (obligación natural) en obligación civil. Se podría

decir que la obligación recupera su naturaleza originaria. En segundo término, que, en nuestra opinión, no puede hablarse, propiamente, de que el reconocimiento sea un acto gratuito u oneroso. El reconocimiento es un acto gratuito. Lo que ocurre es que otorga actualidad y medios probatorios al acreedor para hacer exigible una obligación a cumplir por parte del reconociente. Y es evidente que dicha obligación a cumplir representará un detrimento patrimonial en perjuicio del deudor.

Para concluir el tema del reconocimiento de las obligaciones, nos queda revisar cómo funciona cuando la obligación que se reconoce es solidaria, para lo cual debemos recordar lo dispuesto en el artículo 1199 del Código Civil:

> *Artículo 1199.- «El reconocimiento de la deuda por uno de los deudores solidarios, no produce efecto respecto a los demás co-deudores.*
>
> *Si se practica el reconocimiento por el deudor ante uno de los acreedores solidarios, favorece a los otros».*

Como se ve, el reconocimiento de la obligación opera de manera similar a la renuncia a la prescripción, en el sentido de que sus efectos sólo vinculan al deudor que realiza el acto y benefician a todos los acreedores solidarios y no únicamente a aquel en cuyo favor se efectuó.

Así, en tanto el reconocimiento es un acto voluntario y personal, sus efectos recaen sólo sobre el codeudor que lo realiza. Los codeudores de quien reconoce una obligación no tienen por qué verse afectados por un acto en el que no han tenido participación alguna.

Ello cambia cuando la solidaridad es activa, pues el reconocimiento del deudor común afecta a todos los acreedores solidarios, y no sólo a aquél ante quien se realizó el acto de reconocimiento. Tal como hemos resaltado al estudiar tanto la renuncia a la prescripción como el reconocimiento, el ordenamiento jurídico no desea que en la relación interna sólo se beneficie uno y se perjudiquen los demás.

# Título VIII

# TRANSMISIÓN DE LAS OBLIGACIONES

## Capítulo Único

## CESIÓN DE DERECHOS

### 1. CONSIDERACIONES GENERALES. CONCEPTO

En lo referente al Código Civil Peruano de 1984, recordamos, en primer término, que el Capítulo relativo a la cesión de derechos no tiene antecedentes del coautor de estas páginas Felipe Osterling Parodi, ponente del libro sobre las Obligaciones, porque éste fue redactado por dos distinguidos juristas, los doctores Fernando Vidal Ramírez y Manuel de la Puente y Lavalle, poco antes de entregarse el Proyecto, al considerar la Comisión Reformadora, con buen criterio, que la cesión de derechos debía sustituir al denominado contrato de cesión de créditos que legislaba el Código Civil anterior de 1936.

En el mes de octubre de 1980 fue presentado al seno de la Comisión encargada del Estudio y Revisión del Código Civil de 1936, un Anteproyecto sobre la Cesión de Derechos, por parte del doctor Fernando Vidal Ramírez, con su respectiva Exposición de Motivos, el que constaba de nueve artículos.

A raíz del Anteproyecto del doctor Vidal y de su respectiva Exposición de Motivos, se produjo un Memorándum del doctor De la Puente, comentando el del doctor Vidal.

Seguidamente, se emitió un segundo Memorándum por el propio Manuel de la Puente, en el que proponía que el doctor Max Arias-Schreiber Pezet dirimiese la discrepancia surgida sobre la ubicación del tema de la cesión de derechos en el Proyecto de Código Civil que se estaba elaborando, además de plantear un articulado —de doce numerales— sobre la materia. Arias-Schreiber, con el asentimiento del autor del Proyecto sobre Derecho de Obligaciones, Felipe Osterling Parodi, acogió la propuesta de De la Puente.

Por lo expuesto, las normas sobre la cesión de derechos integran el Capítulo Único del Título VIII —sobre transmisión de las obligaciones— de la Sección Primera del Libro VI del Código Civil de 1984.

Como se sigue de la lectura de los memorando de los doctores Vidal y De la Puente, al optar por la expresión *cesión de derechos* y al ubicar esta figura jurídica en el libro sobre las Obligaciones, el legislador de 1984 se ha apartado de la terminología utilizada por el Código Civil de 1936, que hablaba de *cesión de créditos*. El legislador trata ahora a esta figura, no como un contrato nominado, tal como lo hizo el Código anterior, sino como una modalidad obligacional consistente en ceder derechos, lo que se adecúa a su verdadera naturaleza. Su nombre y ubicación en el Código de 1936 merecía dos críticas: en primer lugar, que lo que se cede no es un crédito, sino el derecho a hacer efectivo un crédito; y luego, que no constituye necesariamente un contrato, pues el derecho se puede adquirir, por ejemplo, por herencia.

La cesión de créditos no es sino una especie dentro de un género más amplio constituido por la cesión de derechos. Los derechos comprenden no sólo los créditos, esto es, los derechos de obligación de una persona respecto de otra, sino toda clase de derechos patrimoniales transferibles, siempre que no tengan por ley un procedimiento de transmisión distinto.

Mediante la cesión se transmiten los derechos que han sido adquiridos o transferidos en virtud de título distinto, ya sea contractual —una compraventa, por ejemplo— o extracontractual —por ejemplo, la herencia— o cuando una disposición legal así lo ordena.

Sin embargo, debemos señalar que si se observan las normas del Código de 1984 sobre los contratos de compraventa y permuta, se infiere que ellas regulan expresamente sólo la transferencia de propiedad de

bienes, pero no la transferencia de otros derechos distintos al derecho de propiedad. Se ha buscado a través de la reglamentación del tema de la cesión de derechos en el Código vigente, que se utilice esta vía para efectuar su transmisión, para la cual no existe un conducto taxativamente preestablecido por el propio Código. No obstante ello, debemos reconocer que la redacción actual del artículo 1206 —primera de las normas sobre cesión de derechos—, no aclara esta posibilidad, sino que más bien se puede deducir del mismo que está regulando solamente la cesión del derecho a exigir el cumplimiento de créditos. Ello se infiere del primer párrafo del precepto, que dispone lo siguiente:

> *Artículo 1206.- «La cesión es el acto de disposición en virtud del cual el cedente transmite al cesionario el derecho a exigir la prestación a cargo de su deudor, que se ha obligado a transferir por un título distinto.*
>
> *La cesión puede hacerse aun sin el asentimiento del deudor».*

Por ello, consideramos que hubiese sido conveniente que el texto del referido artículo 1206 del Código Civil Peruano, contemplase expresamente aquella posibilidad, con lo cual sus bondades —manifiestas, por cierto— se hubieran visto enriquecidas.

Ahora bien, el acto de cesión no va a significar, de modo alguno, la modificación o extinción de la obligación; ésta va a seguir siendo la misma que fue celebrada entre el deudor y el acreedor original. Será la misma obligación, la misma prestación, será el mismo deudor; lo que va a ocurrir es que la persona que constituye la parte activa de la relación obligatoria —esto es, el acreedor—, va a ceder su derecho a un tercero que, por consiguiente, se convertirá en el nuevo acreedor de esa relación.

Ese tercero, entonces, va a ocupar el lugar del acreedor en la relación obligacional; lo va a sustituir por completo, ubicándose en el lugar del acreedor, pudiendo ejercer —desde el momento en que lo sustituya— todos los derechos que podía ejercitar el antiguo acreedor o el acreedor primigenio.

De esta forma, aunque en la cesión de derechos tenemos, necesariamente, la intervención de tres sujetos, sólo se consideran como parte el acreedor y el tercero. Aclarado esto, identifiquemos a cada interviniente:

(a) El acreedor, quien va a ceder su derecho. A esta parte se le denomina «cedente».

(b) El deudor, cuya obligación va a cederse en favor de una tercera persona. Al deudor se le denomina «cedido».

(c) El tercero, ajeno a la relación obligacional, a quien el cedente va a ceder sus derechos respecto al deudor. A este tercero se le denomina «cesionario».

La cesión de derechos tiene como característica fundamental ser un acto de disposición, pues importa variar la conformación del patrimonio del acreedor de la obligación cuya exigibilidad se cede.

Conviene advertir, por otro lado, que el cambio de acreedor ni interrumpe ni suspende la prescripción, simplemente es irrelevante a esos efectos. Y lo es por una razón muy simple: de ser relevante, el cambio de acreedor sería la mejor manera de evadir la prescripción.

El artículo 1206 del Código Peruano establece, además, en su segundo párrafo, que la cesión podrá hacerse inclusive sin el asentimiento del deudor, lo que implica que puede hacerse, aun, con la negativa de éste.

Otra de las características de la cesión de derechos es que puede celebrarse tanto a título oneroso como a título gratuito.

Aunque existe la posibilidad de que la cesión sea a título gratuito, lo cierto es que, como suele ocurrir en casi todos los contratos, los supuestos en que efectivamente una persona cede a otra su derecho sin recibir nada a cambio, resultan ser escasos.

Así, pese a que es perfectamente válido celebrar una cesión de derechos a título gratuito, lo común es que sea a título oneroso.

Cabe resaltar que, como es lógico, lo usual es que dicha contraprestación valga menos que el derecho, ya que éste implica una expectativa de cobro futuro y nadie es dueño del futuro.

Son muchos los elementos que van a influir en las consideraciones que lleven al acreedor cedente y al tercero cesionario a pactar un precio para esa cesión de derechos. Uno de esos factores es el plazo, esto es, el lapso que va a transcurrir entre la celebración de la cesión y la fecha de vencimiento de la obligación. También será relevante la dificultad en el cobro y, vinculado a ello, la calidad del deudor.

El valor que se le otorgue a la cesión va a depender, entonces, de muchos factores. Así, por ejemplo, si el deudor ya incurrió en mora, definitivamente el derecho no va a valer igual.

El que el deudor ya se encuentre constituido en mora y se generen, como consecuencia, intereses moratorios, no hace más atractivo el derecho; por el contrario, lo hace más riesgoso. La mora indica una falta de pago y la falta de pago puede indicar la presencia de un deudor que es insolvente o va camino a la insolvencia, o puede indicar la presencia de un deudor que, no siendo insolvente, va a ofrecer resistencia a pagar; con lo cual, en uno u otro caso, el cesionario va a tener un problema.

Por último, nos corresponde establecer las diferencias existentes entre la cesión de derechos y la cesión de deudas. Esta figura, que no resultó ajena en otros tiempos a la legislación nacional, difiere de la cesión de derechos en cuanto aquélla importa la transferencia del elemento pasivo que existe en toda obligación, representando, en buena cuenta, el otro aspecto de la negociabilidad en esta materia. Por tal razón, para que la cesión de derechos produzca efectos no será necesario contar con el asentimiento del deudor cedido —al que sólo es necesario comunicársela fehacientemente—; mientras que en la cesión de deudas, será indispensable que el acreedor manifieste su conformidad, exonerando al deudor primitivo.

Se trata, en suma, de definir la cesión —de acuerdo a la doctrina uniforme— como la renuncia o transmisión, gratuita u onerosa, que se hace de una cosa, crédito, acción o derecho a favor de otra persona. Y de dejar establecido, además, que ella puede efectuarse por venta, permuta, donación, legado o cualquier otro título eficaz.

Aquí aclaramos, por último, que el Código Civil contempla como única forma de transmisión de las obligaciones a la cesión de derechos. No ha previsto la cesión de deudas, pero tampoco la ha prohibido, razón por la cual no existiría inconveniente para que las partes, haciendo uso de su libertad contractual, conviniesen una cesión de deudas, sin pasar, necesariamente, por una novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de delegación o de expromisión.

Finalmente debemos expresar que el texto actual del artículo 1206 del Código Civil Peruano, relativo al concepto de la cesión de derechos, es limitativo y pareciera, a pesar del propósito del legislador de 1984,

que lo único que se puede ceder es el derecho a exigir o a hacer efectivo un crédito, lo que, más allá de perfeccionar el lenguaje en relación al Código Civil de 1936, no constituiría un avance significativo.

## 2. FORMALIDAD DE LA CESIÓN DE DERECHOS

Al tratarse de un acto de importancia no sólo para quienes celebran el contrato de cesión de derechos (acreedor o cedente y tercero o cesionario), sino también para una persona ajena a dicha convención (el deudor o cedido), el artículo 1207, primer párrafo, del Código Civil de 1984, exige que dicho acto se concierte por escrito, bajo sanción de nulidad, lo que equivale a decir que en este caso la formalidad es *ad solemnitatem*:

> Artículo 1207.- «*La cesión debe constar por escrito, bajo sanción de nulidad.*
>
> *Cuando el acto o contrato que constituye el título de la transferencia del derecho conste por escrito, este documento sirve de constancia de la cesión*».

El Código Civil de 1984 ha optado por una solución lógica. Cada vez que exige escritura pública o formalidad escrita, consigna los términos «bajo sanción de nulidad», cuando es *ad solemnitatem*. Si no usa esta última expresión, o sea «bajo sanción de nulidad», la forma es *ad probationem*. Así se han aclarado definitivamente las dudas que suscitaba el Código Civil de 1936.

El segundo párrafo del citado artículo 1207 del Código Civil Peruano de 1984 es reiterativo, al señalar que cuando el acto o contrato que constituya el título de la transferencia del derecho constase por escrito, este documento servirá de constancia de la cesión.

Un primer sentido del segundo párrafo del precepto sería que la cesión de derechos no esté constituida en virtud de un acto en el que exclusivamente se trate acerca de dicha cesión, sino que, por el contrario, la cesión pactada constituya simplemente pacto adicional de otro acto jurídico celebrado.

Ilustramos con un ejemplo.

Supongamos que el acreedor de una obligación determinada celebra un contrato de compraventa por escrito con un tercero, ajeno a la obligación que aquél tiene constituida con anterioridad. En virtud de

este contrato el acreedor de la obligación originaria compra una casa al tercero, pero estipula que el pago del precio se hará efectivo a través de la cesión del derecho de cobrar una obligación al deudor originario que tiene el acreedor (comprador).

En este ejemplo, el acreedor originario será cedente, a la vez que comprador; mientras que el tercero vendedor, será a la vez cesionario del derecho; y, por último, el deudor de la relación obligacional originaria será el cedido.

Como el contrato de compraventa dentro del cual se inscribe una cláusula de cesión de derechos consta por escrito, bastará con este documento para probar la existencia de la cesión.

Un segundo sentido sería que esta parte del artículo se refiera al supuesto de que en un contrato original se agregue luego una anotación por la que conste la cesión de derechos. Pero esta hipótesis, como la anterior, es superflua, pues la anotación constituiría la constancia por escrito.

Como vemos, el segundo párrafo del artículo 1207 aporta muy poco en relación al primer párrafo del precepto, razón por la cual consideramos innecesaria su presencia.

## 3. DERECHOS QUE PUEDEN SER CEDIDOS

En consecuencia con el principio según el cual todo lo que la ley no prohíbe lo permite, el artículo 1208 del Código Civil dispone lo siguiente:

> Artículo 1208.- «*Pueden cederse derechos que sean materia de controversia judicial, arbitral o administrativa*».

En relación a lo expresado, los derechos materia de cesión podrán revestir dos caracteres distintos:

(a) Derechos sobre los que no existe ninguna controversia judicial, arbitral o administrativa. Es el caso de los derechos sobre los que el titular de los mismos no tiene ningún problema que pudiera afectar en el futuro su tranquila y pacífica pertenencia y ejercicio.

(b) Derechos sobre los que existe controversia judicial, arbitral o administrativa.

Dentro de esta categoría se incluyen los derechos enunciados en el artículo 1208.

La cesión de algún derecho sobre el que exista controversia pendiente puede generarse por diversos motivos. Uno de ellos podría ser la voluntad del acreedor cedente de liberarse de la relación obligacional y del seguimiento y supervisión del trámite en el que se ventila dicha controversia. Pero el motivo más importante podría ser el de no estar a las resultas de un proceso que puede ser exitoso o no.

Es pertinente preguntarnos si pueden cederse derechos en una controversia judicial o arbitral donde hay reconvención. Nosotros creemos que sí se podría, pero entendiendo que a las resultas del proceso, vale decir, a la posibilidad de cobrar al deudor (la otra parte), así como a la posible obligación que surgiría para el cedente si se declara fundada la reconvención.

Por otra parte, habría que descartar la cesión de derechos cuando la controversia sea *intuitu personae* con respecto al acreedor.

En el caso de una cesión de derechos litigiosos, sólo se requeriría poner en conocimiento del juez la cesión, la que deberá ser comunicada o notificada a la otra parte, si ésta no ha manifestado previamente su asentimiento. Los mismos principios se aplicarían para la cesión de derechos en un proceso arbitral o administrativo.

Antes de concluir, afirmamos que tales cesiones serían *res inter alios acta,* vale decir, que sólo surtirían efectos entre las partes que las celebraran, sin afectar los derechos de terceros.

Se trataría, por lo demás, de cesiones atípicas, poco usuales. Estarían sujetas a plazo suspensivo, determinado éste por la expedición de la resolución definitiva.

## 4. CESIÓN DEL DERECHO A PARTICIPAR EN UN PATRIMONIO HEREDITARIO

En virtud de lo establecido por el artículo 1405 del Código Civil Peruano, es nulo todo contrato sobre el derecho de suceder en los bienes de una persona que no ha fallecido o cuya muerte se ignora. Esta norma, como se sabe, es aquella que prohíbe los pactos sucesorios.

A esta disposición debemos agregar que el artículo 678 del propio Código Civil establece la nulidad de toda aceptación o renuncia

de herencia futura. Esto respecto de la herencia todavía no causada, vale decir, respecto de aquella que no ha pasado a los potenciales herederos, por la sencilla razón de que su futuro causante aún no ha fallecido.

En cambio, en relación a los pactos que los particulares pueden celebrar luego de ocurrida la muerte del causante, no hay, en lo que respecta a las cesiones de derechos, límites impuestos por la ley, siempre que no escapen a las porciones indivisas heredadas.

El artículo 1209 del Código Civil Peruano, relativo a la cesión de derechos, permite que se ceda el derecho a participar en un patrimonio hereditario ya causado (es decir, una vez fallecido el causante), quedando el cedente obligado a garantizar su calidad de heredero.

El texto del referido numeral es el siguiente:

> *Artículo 1209.- «También puede cederse el derecho a participar en un patrimonio hereditario ya causado, quedando el cedente obligado a garantizar su calidad de heredero».*

Para que rija la norma del citado precepto, bastará con el fallecimiento del causante, ya que en virtud de lo dispuesto por el artículo 660 del Código Civil, desde el momento de la muerte de una persona, los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia se trasmiten a sus sucesores. Repugnaría a los más elementales principios éticos disponer de eventuales herencias futuras.

La cesión de los derechos hereditarios podría producirse por los más variados motivos, dentro de los cuales se encontraría, por ejemplo, el interés de uno de los coherederos de no participar en el lento proceso de división y partición de la masa hereditaria. Tal cesión de derechos podría efectuarse a favor de alguno o algunos de sus coherederos o de un tercero —ajeno a la sucesión—. O podría obedecer, incluso, al desconocimiento del valor de la cuota hereditaria, caso en el cual el heredero podría preferir, por seguridad, enajenarla a título oneroso.

También podría operar la cesión a título gratuito, si alguno de los herederos decidiese, por ejemplo, beneficiar a algún coheredero en precaria situación económica.

## 5. INEFICACIA DE LA CESIÓN

Existen casos en los cuales la cesión es ineficaz; aquéllos se encuentran previstos en el artículo 1210:

> Artículo 1210.- «*La cesión no puede efectuarse cuando se opone a la ley, a la naturaleza de la obligación o al pacto con el deudor.*
>
> *El pacto por el que se prohíbe o restringe la cesión es oponible al cesionario de buena fe, si consta del instrumento por el que se constituyó la obligación o se prueba que el cesionario lo conocía al momento de la cesión*».

En esta norma se establecen tres supuestos en los cuales la cesión de derechos no se encuentra permitida. Ellos son los siguientes:

– *Cuando se oponga a norma legal de carácter imperativo o prohibitivo.*

Este supuesto no requiere mayor explicación.

– *Cuando se oponga a la naturaleza de la obligación.*

El segundo caso en el cual no se puede ceder sin asentimiento del deudor, es aquel en que la obligación es *intuitu personae* con respecto del acreedor.

No importa si la obligación es *intuitu personae* con respecto al deudor, pues en definitiva el deudor no cambia como consecuencia de la cesión; es siempre el mismo y, además, tiene que ejecutar la misma prestación. Sin embargo, sí resulta relevante, a efectos de determinar si se requiere o no del asentimiento del deudor cedido, si la obligación es *intuitu personae* con respecto del acreedor, es decir, si en esa obligación sí resulta significativo quién es el acreedor, en la medida en que posee ciertas condiciones o cualidades personales.

Si el deudor es un pintor famoso y el acreedor le ha encargado pintar un paisaje de la Pontificia Universidad Católica del Perú, no interesa en realidad quién sea el acreedor pues, cualquiera que fuere, únicamente podrá exigir el cumplimiento de la prestación pactada originalmente. El acreedor cesionario no podría exigir que el deudor pintara otro paisaje, debido al principio de identidad. La cesión del crédito sería, en estricto, irrelevante para el deudor cedido.

Por el contrario, sí sería importante si se hubiera pactado, por ejemplo, que el deudor cedido tuviera que representar un monólogo

ante el acreedor, que es un famoso productor de cine que podría abrirle las puertas en el mundo de la actuación. En ese caso, la cesión del crédito es relevante para el deudor si el cesionario le cede su crédito a un perfecto desconocido que nada sabe de interpretación.

*–Cuando exista pacto celebrado entre el acreedor y el deudor de la obligación por el cual se prohíba que el acreedor ceda sus derechos a una tercera persona, ajena a la relación obligacional.*

Dentro de este último supuesto, el Código nacional establece que el pacto por el cual se prohíbe o restringe la cesión, es oponible por el deudor en dos casos: (1) al cesionario de buena fe (aquél que desconocía la existencia de la cesión), si constase dicha prohibición en el instrumento por el que se constituyó la obligación; (2) si se prueba que el cesionario conocía la prohibición o restricción al tiempo de concertarse la cesión de derechos.

Debe entenderse que este segundo caso no constituiría una hipótesis en que el cesionario hubiera actuado de buena fe, ya que, tal como se establece en la última parte del segundo párrafo del artículo 1210, se le podría oponer la excepción de incesibilidad si se probase que tal cesionario conocía, al tiempo de celebrarse la cesión de derechos, la existencia de la prohibición.

Como la norma prescribe que el deudor podría oponerse a la cesión si él y el acreedor hubieran celebrado un pacto por el cual se prohibía ceder el crédito, si aquélla se realizara, sólo sería válida en el supuesto en que el deudor lo consintiera.

Entonces, si el deudor y el acreedor hubieran pactado la prohibición de ceder el crédito, para que el acreedor ceda el crédito necesitará del asentimiento del deudor, con lo cual la cesión para su validez se convierte en un acto de carácter trilateral, porque en ese acto tienen que participar tres partes: el deudor cedido, el acreedor cedente y el tercero cesionario.

La participación del deudor cedido en el acto de cesión eliminaría el pacto de prohibición de ceder.

## 6. EXTENSIÓN DE LA CESIÓN DE DERECHOS

Corresponde ahora determinar cuáles son los alcances de la cesión de derechos. El artículo 1211 establece:

> *Artículo 1211.- «La cesión de derechos comprende la transmisión al cesionario de los privilegios, las garantías reales y personales, así como los accesorios del derecho trasmitido, salvo pacto en contrario.*
>
> *En el caso de un bien dado en prenda, debe ser entregado al cesionario si estuviese en poder del cedente, mas no si estuviese en poder de un tercero».*

El primer párrafo de esta norma señala los elementos comprendidos dentro de la cesión de derechos, salvo que se pacte en contrario. Éstos son los siguientes:

(a) Los privilegios, entendiéndose como tales las órdenes de prelación para el cobro de una deuda o para la ejecución de alguna garantía.

(b) Las garantías reales (prenda, anticresis, hipoteca o, de ser el caso, garantía mobiliaria).

(c) Las garantías personales (fianzas o, de ser el caso, garantía mobiliaria).

(d) Los derechos accesorios del derecho cedido, o sea, todos aquéllos que se hubiesen constituido al amparo de aquel derecho.

Para el caso en que el derecho cedido estuviese garantizado por una prenda, de acuerdo con el supuesto del segundo párrafo del artículo 1211, podríamos deducir hasta tres posibilidades:

(a) Que el bien dado como garantía pignoraticia se encuentre en poder del acreedor, caso en el cual éste deberá entregarlo al tercero-cesionario.

(b) Que el bien dado como garantía pignoraticia se encuentre en poder de una persona distinta del acreedor y del tercero-cesionario, o sea, que se encuentre en poder de otro tercero, caso en el cual el tercero no deberá entregarlo al cesionario, sino que permanecerá como tenedor del mismo.

(c) Que el bien dado como garantía pignoraticia se encuentre en poder del tercero-cesionario, caso en el cual tampoco habrá necesidad de entrega alguna, pues lo vendría poseyendo justamente quien lo requiere para asegurarse el cumplimiento de la obligación del deudor-cedido.

Entendemos que el segundo párrafo del artículo 1211 del Código Civil se refiere hoy en día a la prenda como garantía atípica, luego de su derogatoria normativa, que tuvo lugar en mayo del 2006 en virtud de la Ley de la Garantía Mobiliaria.

Es más, se trata de uno de los pocos preceptos legales en que ha subsistido la mención positiva de la prenda en el Perú.

## 7. GARANTÍA DEL DERECHO CEDIDO

El artículo 1212 nos informa sobre las garantías que asume el cedente:

> *Artículo 1212.- «El cedente está obligado a garantizar la existencia y exigibilidad del derecho cedido, salvo pacto distinto».*

El precepto regula dos supuestos:

(a) La garantía de la existencia de la obligación, o sea, que la obligación que se está cediendo realmente haya surgido para el Derecho en un determinado momento, y que no se encuentre extinguida por cualquiera de las formas previstas por la ley.

Si el acreedor garantiza que el crédito existe, está garantizando que no se trata de una obligación nula; que no se trate de una obligación ya pagada, pues ello supondría que ya se extinguió; y que no se trate de una obligación que haya caducado, porque si algo caduca, caduca el derecho y no sólo la pretensión.

(b) La garantía de la exigibilidad del derecho cedido, entendida esta exigibilidad no como el cobro efectivo de la prestación, sino como la posibilidad legal de exigir su cumplimiento (independientemente de si la exigibilidad tenga éxito o no). Esta posibilidad legal está referida, concretamente, al hecho de que la obligación no haya prescrito, pues de haber ocurrido esto, simplemente dejaría de ser exigible. Esta garantía se reduce a que pueda demostrarse la existencia de la obligación y que su cumplimiento sea posible.

Debe señalarse que el artículo 1212 admite el pacto en contrario de estas dos obligaciones impuestas al acreedor-cedente.

En nuestro Tratado de las Obligaciones[135] considerábamos que no debería permitirse la estipulación en contrario del deber de garantizar la existencia y exigibilidad del derecho cedido, pues tal pacto podría

---

135 OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. *Tratado de las Obligaciones*. Biblioteca Para leer el Código Civil. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Primera Parte, vol. XVI, tomo III, 1994, p. 534.

prestarse a la comisión de fraudes. Citábamos como ejemplo el de un acreedor que ha condonado una deuda y luego procede a ceder su derecho a un tercero, preguntándonos si no estaría cometiendo un fraude. Decíamos que la respuesta afirmativa se imponía. Pensábamos que situaciones como éstas nunca deberían ser permitidas por la ley, pues en este caso, incluso, se llegaría a configurar —en el campo del Derecho Penal— un acto delictivo. De ahí que incluso llegábamos a proponer una eventual modificación legislativa del artículo 1212, la misma que pasase por prohibir el pacto en contrario en estos casos.

Sin embargo, con el paso de los años hemos advertido que, si bien eran fundados nuestros temores, podrían haber casos en los que el cedente no tuviese la seguridad de que el derecho que desea ceder existe o es exigible. Ello, por las más variadas razones, como podrían ser, sólo a título de ejemplos, el olvido, el desconocimiento de la realidad por tratarse de un derecho heredado, la pérdida de los recibos, el extravío de eventuales cartas notariales cursadas para interrumpir la prescripción, etc.

En estos casos sería de extrema pertinencia el pacto en contrario, pues afirmar o garantizar algo que a uno no le consta resultaría no sólo imprudente, sino temerario. Por esto es que hoy estimamos correcto el tenor del citado numeral.

## 8. GARANTÍA DE LA SOLVENCIA DEL DEUDOR

Si bien el artículo 1212 del Código Civil Peruano impone al acreedor-cedente la obligación de garantizar la existencia y exigibilidad del derecho cedido, salvo pacto en contrario, el cedente no está obligado a garantizar la solvencia del deudor en los términos previstos por el artículo 1213 de dicho Código, cuyo texto es el siguiente:

> Artículo 1213.- «*El cedente no está obligado a garantizar la solvencia del deudor, pero si lo hace, responde dentro de los límites de cuanto ha recibido y queda obligado al pago de los intereses y al reembolso de los gastos de la cesión y de los que el cesionario haya realizado para ejecutar al deudor, salvo pacto distinto*».

Es entonces posible, conforme a lo dispuesto por la ley peruana, que el acreedor-cedente garantice de manera expresa la solvencia del deudor-cedido.

El cedente no está obligado a garantizar la solvencia del deudor, pero si por pacto expreso fue establecido lo contrario, responderá. Si esta fuere la situación, el acreedor, en aplicación del artículo 1213 del Código Civil, quedaría obligado a lo siguiente:

(a) A responder dentro de los límites de cuanto hubiese recibido por parte del tercero-cesionario. Esto quiere decir que el acreedor deberá devolver al cesionario todo aquello que este último le hubiese pagado (de ser el caso).

(b) A pagar al cesionario los intereses devengados por los preceptos mencionados en el punto anterior.

(c) A reembolsar al cesionario los gastos que éste hubiese efectuado con motivo de la celebración del contrato de cesión de derechos; comprendiéndose dentro de este rubro a los gastos directa o indirectamente ocasionados por la celebración del contrato.

(d) A reembolsar al cesionario los gastos en que hubiese incurrido para exigir judicial o extrajudicialmente la deuda.

Al garantizar la solvencia del deudor, el acreedor está garantizando que el patrimonio de éste es lo suficientemente sólido como para responder frente a esa obligación.

Ahora bien, resulta claro que el acreedor cedente garantiza que el deudor es solvente el día en que se celebra el acuerdo de cesión, pero ¿cuánto dura esa garantía? En otras palabras, ¿hasta cuándo debe garantizar el acreedor cedente la solvencia del deudor cedido?

Es evidente que si la obligación no venciera el mismo día en que se celebra la cesión, sino tres meses después, el acreedor cedente no sólo tendría que garantizar la solvencia el día de hoy, porque eso de nada serviría al tercero cesionario, de aquí que podría entenderse que el plazo se prorroga hasta que la obligación sea pagada.

Lo recomendable sería que se estableciera un plazo, pues, como resulta evidente, sería temerario garantizar la solvencia de manera permanente e indefinida. De no establecerse un plazo, el acreedor cedente viviría en constante incertidumbre. Es claro, en caso contrario, que las obligaciones mencionadas subsistirán a falta de pacto en contrario, pero que cedente y cesionario siempre mantendrán la más amplia libertad para modelar su relación contractual.

Cabe reparar que, aunque los casos no son iguales, la solución del artículo 1213 del Código Civil Peruano difiere de la del segundo párrafo del artículo 1283 —relativo a la novación subjetiva en la modalidad de delegación—. En este último supuesto se sanciona el error o el dolo del que fue víctima el acreedor al efectuarse la delegación, manteniendo la responsabilidad del deudor primitivo y de sus garantes. Entendemos que debería haberse previsto similar solución en el caso del artículo 1213, respecto al antiguo acreedor, esto es al cedente, pues el cedente podría conocer que el deudor es insolvente y, sin embargo, inducir dolosamente a un tercero a aceptar la cesión del derecho. La ley no puede proteger esta clase de fraudes. Aquí podría darse —incluso— la hipótesis del pago de una indemnización de daños y perjuicios.

Además, cabe reflexionar sobre el sentido de la norma, cuando prevé, para el caso en que se garantiza la solvencia del deudor, el pago de intereses. Consideramos que el pago de intereses sólo será posible en aquellas obligaciones que consistan en dinero o sean fácilmente valorables patrimonialmente. En cambio, existiría una enorme dificultad para el caso de muchas obligaciones de hacer y la casi generalidad de las obligaciones de no hacer.

Finalmente, creemos necesario dejar establecido que las soluciones al tema contempladas por el artículo 1213 del Código nacional, se tendrían que adoptar de acuerdo con la buena o mala fe del cedente; con la buena o mala fe del cesionario; y teniendo en cuenta si la cesión se efectuó a título gratuito o a título oneroso.

## 9. CESIÓN LEGAL. EFECTOS

Los supuestos de los artículos 1212 y 1213 del Código Civil Peruano, se enmarcan dentro de los casos en que la cesión de derechos emane de un contrato celebrado entre el cedente y el cesionario, es decir, de un pacto concertado de mutuo y libre acuerdo por las partes.

Pero como la voluntad humana no es la única fuente de las obligaciones en general, tampoco lo es para el caso de la cesión de derechos, supuesto en el que la obligación (la de ceder el derecho) podría surgir en virtud de una norma legal imperativa.

Es para este supuesto que el Código recoge lo preceptuado por el artículo 1214:

*Artículo 1214.- «Cuando la cesión opera por ministerio de la ley, el cedente no responde de su realidad, ni de la solvencia del deudor».*

De acuerdo a lo previsto en esta norma, si la cesión surgiese, no por voluntad del cedente, sino por mandato legal, dicho cedente no respondería de su realidad (término dentro del cual el Código Civil comprende a la existencia de la obligación y a la exigibilidad de la misma), ni de la solvencia del deudor.

La solución planteada por el artículo 1214 del Código resulta justa y lógica.

Debemos señalar, antes de concluir nuestros comentarios, que el supuesto del citado numeral no es aquél en que la cesión de derechos opera *mortis causa*, pues aquí el causante, por razones obvias, de nada respondería ante sus herederos. La hipótesis prevista por el Código se refiere, sin duda, a una cesión legal de derechos *inter vivos*.

## 10. INICIO DE LOS EFECTOS DE LA CESIÓN

El artículo 1215 regula el tema del momento desde el cual produce efectos la cesión:

*Artículo 1215.- «La cesión produce efecto contra el deudor cedido desde que éste la acepta o le es comunicada fehacientemente».*

Sobre este tema existen dos corrientes interpretativas.

Una primera sostiene que es característica importante de la cesión de derechos la circunstancia de que ella no requiere para su validez y eficacia de la aceptación del deudor cedido, sino de la concurrencia de dos elementos:

(a) Del contrato de cesión de derechos celebrado entre el cedente y el cesionario.

(b) De la comunicación de la celebración de dicho contrato al deudor-cedido.

Una segunda corriente afirma que para la validez se requiere, además de los dos elementos anteriores, de la aceptación del deudor-cedido. Sin embargo, consideramos que sólo la primera interpretación es la pertinente.

Aclarado ese primer punto, cabe preguntarnos por qué se ha señalado en el artículo bajo comentario que la cesión produce efectos cuando el deudor cedido acepta la cesión o cuando ésta le es comunicada fehacientemente.

Aparentemente la mención a la aceptación del deudor-cedido carecería de objeto, ya que bastaría con la comunicación al mismo de que se ha producido la cesión para que ésta surta sus efectos; pudiendo posteriormente el deudor manifestar su aceptación o rechazo a dicha cesión, y siendo indiferente el contenido de la respuesta, pues necesariamente, con o sin su asentimiento, la cesión surtiría efectos.

Pero el sentido de la referencia a la aceptación por el deudor es para el caso en el cual no se le hubiese comunicado de manera fehaciente la cesión. Esta situación —se dice— comprende dos supuestos distintos:

(a) Caso en el cual no se le comunica al deudor cedido la cesión, pero éste, al enterarse por un medio distinto, manifiesta al acreedor-cedente su conformidad con dicha cesión.

(b) Caso en el cual se le comunica al deudor-cedido la cesión, pero no de manera fehaciente; y aun así, dicho deudor manifiesta su voluntad afirmativa de conformidad con la cesión.

En las dos hipótesis anteriores se considerará que la cesión produce efectos; lo que equivale a decir que en estos dos casos, ya no se requerirá de comunicación fehaciente.

Esta corriente de pensamiento considera que con dicha interpretación cobra sentido el artículo 1215.

Sin embargo, nosotros no compartimos esta posición. Creemos que la interpretación correcta del numeral bajo comentario es considerar que el precepto contiene dos previsiones claramente diferenciadas y de soluciones muy precisas:

(a) Una primera hipótesis en la que el deudor acepta la cesión. O lo hace interviniendo en el contrato de cesión, o previamente a él, o luego de celebrado. En estos casos, el deudor cedido ya no puede cuestionar la cesión, puesto que la ha aceptado.

(b) Una segunda hipótesis en la cual no se requiere el asentimiento del deudor para la cesión, o si requerido éste se niega a acep-

tarla. Entonces se le comunica en forma fehaciente; por ejemplo, por carta notarial. Aquí el deudor puede oponerse a la cesión aduciendo diversas razones; por ejemplo, que la relación obligacional es *intuitu personae*, o que hay pacto que la impide, etc. En estos casos, si el deudor tiene la razón, la cesión no producirá efectos respecto de él. En otras palabras, cuando el Código Civil señala que produce efectos al tiempo que le es comunicada fehacientemente, no significa que esto sea definitivo e irrevocable, ya que puede no producir efectos, si es que el deudor se opone con fundamentos. Sin duda éste es el sentido del Código.

## 11. EXCEPCIÓN DE LA LIBERACIÓN DEL DEUDOR POR CUMPLIMIENTO DE LA PRESTACIÓN

De acuerdo a lo prescrito en el artículo 1216, a partir del momento de la notificación o de la aceptación, el deudor cedido debe realizar la prestación en favor del cesionario, sin que le sea lícito indagar la causa de la cesión, porque la relación entre cedente y cesionario le es extraña.

El texto del artículo citado es el siguiente:

> Artículo 1216.- «*El deudor que antes de la comunicación o de la aceptación, cumple la prestación respecto al cedente, no queda liberado ante el cesionario si éste prueba que dicho deudor conocía de la cesión realizada*».

El principio general que se puede deducir de esta norma es que el deudor que antes de la comunicación o de la aceptación cumple con la prestación respecto al acreedor cedente, queda liberado ante el cesionario y, por el contrario, no queda liberado ante el cesionario si éste prueba que el deudor conocía de la cesión realizada.

Esta última excepción trata de una hipótesis muy remota. Sería el caso de un deudor excesivamente generoso que esté deseoso de pagar dos veces. Sin duda, son muy poco frecuentes los deudores de esta especie.

Conviene resaltar, antes de concluir, que estamos ante un supuesto en el cual el deudor-cedido no ha sido notificado de la cesión celebrada, ya que si este fuese el caso, el deudor-cedido tampoco quedaría liberado luego de haber pagado al acreedor, lo que equivale a decir que tendría que pagar necesariamente al tercero cesionario. Pensamos que

respecto del acreedor-cedente a quien se efectuó el pago, el deudor-cedido tendría la acción por enriquecimiento sin causa, a fin de que se le restituya lo pagado, ya que no podría plantear una acción de pago indebido, puesto que el mismo no se habría hecho mediando error de hecho ni de derecho.

## 12. PRELACIÓN EN LA CONCURRENCIA DE CESIONARIOS

Cabe la posibilidad de que un acreedor inescrupuloso ceda el mismo derecho a varias personas de manera sucesiva. Planteada una situación como la expuesta, surgiría el problema de saber cuál de los terceros-cesionarios debe ser preferido como nuevo titular del derecho cedido.

El legislador de 1984 optó por brindar una respuesta normativa a dicha problemática, la misma que se encontraba plasmada en el hoy derogado artículo 1217:

> Artículo 1217.- «*Si un mismo derecho fuese cedido a varias personas, prevalece la cesión que primero fue comunicada al deudor o que éste hubiera aceptado*».

En la citada norma se establecía que prevalecería la cesión que primero fue comunicada al deudor o la primera que éste hubiese aceptado (en el supuesto de que no le hubiese sido comunicada o que, habiéndolo sido, no se le hubiese hecho de manera fehaciente). En tal sentido, resultaba evidente que no tenía ningún valor ni importancia el orden en que el acreedor-cedente hubiera cedido el derecho a los diversos terceros-cesionarios, ya que en virtud del precepto que analizamos, no se prefería al tercero cuya cesión revestía la mayor antigüedad, sino a aquel cuya cesión fue comunicada en primer lugar (o tal vez única) al deudor-cedido.

La solución adoptada por el hoy derogado artículo 1217 del Código Civil Peruano, podía resultar discutible, en la medida en que el orden de preferencia establecido para tal efecto no tenía nada que ver con la diligencia que hubiera empleado cada tercero-cesionario para la celebración del contrato respectivo.

Una corriente de pensamiento referida a este numeral consideraba, por eso, que hubiese podido adoptarse un criterio similar al previsto

en las normas de concurrencia de acreedores en las obligaciones de dar bienes ciertos (artículos 1135 y 1136 del Código Civil), prescindiendo de la entrega (para el caso de los bienes muebles) o de la inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble (para el caso de los bienes inmuebles); es decir, un orden de preferencia basado en los documentos de fecha cierta y, dentro de ellos, aquéllos que revistan la fecha cierta más antigua.

Pero, a nuestro juicio, dicha solución no hubiera sido adecuada, porque se trata de supuestos no asimilables. El trecho entre las obligaciones de dar y la cesión de derechos es muy distante.

Creemos que la solución del Código era la correcta. Sin embargo, cabía hacer una precisión en el sentido de que el cesionario, para que le hubiesen sido de aplicación las reglas de concurrencia, debía haber actuado de buena fe. Estos criterios no se incluyeron en el artículo 1217 del Código, por considerarse innecesarios y de fácil solución por los principios generales del Derecho.

El artículo 1217 fue derogado expresamente por la Ley de la Garantía Mobiliaria.

En ese sentido, resulta oportuno señalar que dicha Ley establece un orden distinto de preferencia ante la eventual concurrencia de cesionarios:

> Artículo 27.- «*Prelación con respecto a la cesión de derechos*
> *La inscripción de la cesión de derechos en el Registro correspondiente, ya sea en propiedad o en garantía, otorga preferencia para su pago al cesionario desde la fecha de tal inscripción.*
> *La cesión inscrita en el Registro correspondiente prevalece sobre la cesión notificada al deudor cedido.*
> *La cesión de derechos, ya sea en propiedad o en garantía, no es legalmente posible si ella está expresamente prohibida en el respectivo título*».

Lo destacable de este precepto se restringe, básicamente, a que en él se establece que se puede inscribir la cesión de derechos, primando esa inscripción sobre la cesión notificada al deudor. La consecuencia práctica que se desprende de esta norma es que al cesionario ya no le importa que la cesión sea notificada al deudor cedido, sino que la misma sea inscrita, pues de no hacerlo corre el riesgo de que el acreedor ceda

el derecho a un segundo cesionario que sí lo inscriba, perjudicando con ello sus intereses.

Con esta norma, entonces, no se realiza un cambio significativo en cuanto a la idea misma de la cesión de derechos; lo que se ha hecho es dar la posibilidad de inscribir la cesión y, en tanto esa inscripción es pública, evitar conflictos cuando haya concurrencia de cesionarios.

Se podría señalar, sin embargo, que la inscripción no sólo se refiere a la cesión de derechos en garantía, sino también en propiedad, lo que, en definitiva, ha aumentado los costos del cesionario.

Por otra parte, debemos decir que el citado precepto presenta el grave inconveniente de obligar —en la práctica— a hacer pública toda cesión de derechos, contrariando la reserva que muchas veces las partes desean guardar con respecto al acto celebrado.

Sin embargo, dicha norma no puede oponerse al deudor cedido cuando este, por haberse pactado así, tuviera que dar su conformidad a la cesión. En este caso siempre prevalecerá la cesión que hubiese aceptado el deudor, y no aquélla que hubiese sido inscrita primero. Lo propio rige para los casos en que el deudor cedido deba prestar su asentimiento dada la naturaleza de la obligación.

Ello nos lleva a afirmar que la derogatoria completa del artículo 1217 del Código Civil fue poco meditada.

# SECCIÓN SEGUNDA
# EFECTOS DE LAS OBLIGACIONES

# Título I
# DISPOSICIONES GENERALES

## 1. EL PRINCIPIO DE TRANSMISIÓN DE LAS OBLIGACIONES A LOS HEREDEROS

Dentro de nuestra tradición jurídica, el principio contenido en el artículo 1218 del Código Civil Peruano de 1984 según el cual la obligación se transmite a los herederos, tanto del acreedor como del deudor, salvo las excepciones por él previstas, es norma de carácter universal:

> *Artículo 1218.- «La obligación se transmite a los herederos, salvo cuando es inherente a la persona, lo prohíbe la ley o se ha pactado en contrario».*

El artículo 1218 del Código Civil establece un principio claro y unánimemente aceptado: la obligación, salvo cuando es inherente a la persona (*intuitu personae*), lo prohíba la ley o se haya pactado en contrario, se transmite a los herederos. Éste es el principio de la transmisibilidad de las obligaciones. Sin embargo, resulta evidente que si una obligación no puede ser exigida a los herederos de un deudor, por parte del acreedor, tampoco podrá ser exigida por los herederos del acreedor a aquéllos del deudor.

La obligación asumida en un contrato de mutuo —por citar un ejemplo— se transmitirá, sin duda, a los herederos del deudor, salvo estipulación en contrario. La obligación de hacer *intuitu personae* no se transmitirá, por supuesto, a sus herederos.

Queremos ilustrar las excepciones previstas por el artículo 1218 a través de algunos ejemplos:

### 1.1. Obligación no transmisible a los herederos por ser inherente a la persona

Sería el caso de la persona que encarga a un pintor la elaboración de un retrato suyo. Si el pintor fallece, la prestación no se transmite a sus herederos, ya que ellos no podrían cumplir con la obligación, pues ninguno tendría las mismas aptitudes y cualidades de su causante (pues no existen dos personas que tengan idénticas calificaciones artísticas). Aquí estaríamos ante una obligación naturalmente *intuitu personae*.

### 1.2. Obligación no transmisible a los herederos por prohibirlo la ley

La ley, como fuente de las obligaciones, puede establecer esta limitación. Pero debemos distinguir en este punto dos supuestos claramente diferenciables.

En primer lugar, tenemos a las obligaciones no transmisibles por su naturaleza —traducida ésta en normas legales específicas—. Es el caso del contrato de renta vitalicia (artículo 1937), cuando se prevé:

> *Artículo 1937.- «Si muere la persona cuya vida se designó para el pago de la renta, se extingue ésta sin que exista obligación de devolver los bienes que sirvieron de contraprestación».*

Otro ejemplo es el derecho real de usufructo (artículo 1021, inciso 4):

> *Artículo 1021.- «El usufructo se extingue por:*
>
> *[...]*
>
> *4. Muerte o renuncia del usufructuario.*
>
> *[...]».*

En segundo término, existen obligaciones no transmisibles exclusivamente porque la ley así lo establece, pero no por impedirlo su naturaleza. Sería el caso de los artículos 1733, 1801, inciso 3, y 1844 del Código Civil:

> *Artículo 1733.- «Las obligaciones y derechos que resulten del comodato no se trasmiten a los herederos del comodatario, salvo*

*que el bien haya sido dado en comodato para una finalidad que no pueda suspenderse».*

*Artículo 1801.- «El mandato se extingue por:*
*[...]*
*3. Muerte, interdicción o inhabilitación del mandante o del mandatario».*

*Artículo 1844.- «En caso de muerte del depositante, el bien debe ser restituido a su heredero, legatario o albacea».*

### 1.3. Obligación no transmisible a los herederos por pacto

En este supuesto se encontrarán todas las obligaciones no enmarcadas dentro de las dos hipótesis anteriores, pues no se tratará de aquellas inherentes a la persona ni de las prohibidas por la ley para transmitirse a los herederos. En estas circunstancias nada impide que las partes estipulen la intransmisibilidad de la obligación a los herederos del deudor, del acreedor, o de ambos.

Podría ser el caso de la obligación de pagar una suma de dinero. Esta obligación es transmisible por excelencia a los herederos; pero nada impide que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, pacten que ella no se transmitirá en caso de fallecimiento del deudor.

## 2. ACCIONES QUE CORRESPONDEN AL ACREEDOR POR EFECTO DE LAS OBLIGACIONES

En materia de efectos de las obligaciones, el Código Civil de 1984 mantiene, en lo esencial, las disposiciones generales contenidas en el Código Civil de 1936.

El artículo 1219 del Código Civil de 1984 contiene reglas de importancia relevante. Allí se conjugan derechos fundamentales que concede la ley al acreedor:

*Artículo 1219.- «Es efecto de las obligaciones autorizar al acreedor para lo siguiente:*
*1.- Emplear las medidas legales a fin de que el deudor le procure aquello a que está obligado.*

*2.- Procurarse la prestación o hacérsela procurar por otro, a costa del deudor.*

*3.- Obtener del deudor la indemnización correspondiente.*

*4.- Ejercer los derechos del deudor, sea en vía de acción o para asumir su defensa, con excepción de los que sean inherentes a la persona o cuando lo prohíba la ley. El acreedor para el ejercicio de los derechos mencionados en este inciso, no necesita recabar previamente autorización judicial, pero deberá hacer citar a su deudor en el juicio que promueva.*

*Es posible ejercitar simultáneamente los derechos previstos en este artículo, salvo los casos de los incisos 1 y 2».*

Conviene revisar en detalle las acciones y derechos que establece el artículo 1219 en favor del acreedor:

### 2.1. El empleo de los medios legales para que el deudor le procure aquello a que se obligó

Es decir, la ejecución forzada de la obligación, sea que se trate de una obligación de dar, de hacer o de no hacer, en cuanto ello sea posible.

La regla no se aplicará si en las obligaciones de dar la prestación hubiera desaparecido y se tratara de un bien no fungible. Tampoco tiene lugar en las obligaciones de hacer y de no hacer, cuando la ejecución forzada requiera el empleo de violencia contra la persona del deudor. Ella no tiene cabida en las obligaciones de no hacer, cuando se hubiera violado irremisiblemente la obligación y no fuese posible revertir la situación jurídica a la misma condición en que se encontraba antes de que se infringiera.

### 2.2. Procurarse la prestación o hacérsela procurar por otro, a costa del deudor

Como antes hemos señalado, otro modo de cumplimiento específico de la obligación es el que obtiene el acreedor mediante la intervención de un tercero que satisface la prestación a cargo del deudor.

Cuando la prestación, en las obligaciones de dar, consiste en un bien fungible, el precepto podrá tener plena aplicación. Su vigencia, en las obligaciones de hacer, está condicionada a que la obligación no

sea *intuitu personae*. En las obligaciones de no hacer, sólo se aplicará si fuera posible destruir lo ejecutado.

Debemos advertir que el ejercicio de los derechos previstos por el inciso segundo del artículo 1219 comentado, requiere, para que el cumplimiento de la obligación sea necesariamente por cuenta del deudor, autorización judicial. Justamente por este requisito la aplicación del precepto es muy limitada. En caso contrario, el acreedor, ante el incumplimiento del deudor, podrá procurarse la prestación directamente o hacérsela procurar por un tercero y exigir luego la restitución de cualquier costo adicional en vía de daños y perjuicios. En otras palabras, en este caso el acreedor no podrá tener la certidumbre de que el eventual mayor costo que demandaría el cumplimiento de la obligación vaya a ser necesariamente sufragado por el deudor, porque los daños y perjuicios estarían sujetos a las contingencias de la prueba de su existencia y de su cuantía.

### 2.3. Exigir el pago de una indemnización

Sea que se trate de un incumplimiento total o de un incumplimiento tardío, parcial o, en general, defectuoso, el acreedor que pruebe la existencia de daños y perjuicios y su cuantía tendrá derecho al pago de una indemnización, en la medida en que, como regla general, el deudor actúe dolosa o culposamente.

### 2.4. Promover acciones subrogatorias u oblicuas

El acreedor, ante un deudor negligente e insolvente, tiene el derecho de ejercitar, en vía de acción o para asumir su defensa, los derechos de su deudor, con excepción de los inherentes a la persona de tal deudor o cuando lo prohíba la ley.

Varios son, pues, los requisitos previstos por la norma bajo análisis.

En primer término, que se trate de un deudor negligente, esto es, que el deudor no ejercite un derecho respecto del cual puede y debe accionar o actuar para defenderse. La negligencia es culpa, esto es, falta de responsabilidad para cautelar su patrimonio. Esta culpa o negligencia debe ser cierta, ya que un simple o breve retraso impediría al acreedor inmiscuirse en asuntos ajenos, o sea en los derechos de su deudor.

Y luego es imprescindible la insolvencia del deudor, porque en caso contrario el acreedor carecería de legítimo interés para accionar o para asumir su defensa. Una acreencia asegurada por un patrimonio significativo impediría al acreedor invadir los fueros de su deudor para actuar respecto a terceros.

Los otros requisitos son los mencionados anteriormente, esto es, el impedimento que establece la ley para plantear acciones subrogatorias u oblicuas cuando se trata de asuntos inherentes al propio deudor o cuando la propia ley lo prohíbe.

Usualmente las acciones subrogatorias u oblicuas se promueven cuando el deudor, titular de un crédito, por negligencia y no encontrándose en capacidad de satisfacer su obligación ante el acreedor por ser insolvente, no ejercita las acciones destinadas a hacer efectiva esa acreencia con el propósito de incrementar su patrimonio. Pero siendo estos los casos comunes, no son los únicos. El acreedor podría plantear una acción reivindicatoria o una acción por lesión, por ejemplo. O, a su turno, podría tratar de evitar que un tercero cobrara una supuesta acreencia de su deudor o defenderlo en una acción reivindicatoria o por lesión, en caso el deudor insolvente no asumiera su propia defensa.

El Código vigente, a diferencia del Código de 1936, introduce un nuevo concepto: el acreedor tiene el derecho de asumir la defensa de los intereses de su deudor negligente e insolvente. Y esta nueva norma es lógica, porque los derechos del acreedor pueden vulnerarse en una doble vía: por inacción, para actuar exigiendo la restitución de un derecho, o por omisión, en la defensa de un derecho.

Sin embargo, en ambos casos el beneficio se convertirá en prenda común de todos los acreedores. Quien ejercite la acción subrogatoria u oblicua no cuenta con privilegios sobre el bien que hizo reingresar en el patrimonio de su deudor; en la misma medida en que tampoco tiene privilegios quien haya evitado, mediante su defensa, la salida de un bien de dicho patrimonio. Por ello la acción subrogatoria u oblicua no se ejercita frecuentemente, más aun cuando en la prelación de derechos el acreedor se encuentra relegado. Entonces, si lo hiciera, los acreedores prioritarios lograrían —como algún tratadista francés lo ha expresado— «que les sacaran las castañas del fuego con mano ajena».

Aunque para el caso de la acción subrogatoria u oblicua el acreedor no necesita recabar autorización judicial previa, sí estará obligado a solicitar que se cite a su deudor en el juicio que promueva.

Conviene subrayar que, como lo indica expresamente la propia norma, es posible ejercitar simultáneamente los derechos previstos en este artículo, salvo los casos de los incisos 1 y 2, por ser éstos evidentemente incompatibles.

Por último, también consideramos preciso destacar que tanto para obtener la condena del deudor y llegar a la ejecución forzada, como para obtener el cumplimiento por un tercero y por cuenta del deudor, o conseguir indemnización, será necesaria la sentencia judicial que así lo resuelva.

# Título II
# PAGO

## Capítulo Primero
## DISPOSICIONES GENERALES

### 1. CONSIDERACIONES GENERALES

El pago puede definirse como el medio ideal de extinción de las obligaciones. El pago implica la ejecución de la obligación en las condiciones convenidas en su origen, es decir el cumplimiento dentro de los términos previstos. Pagar es actuar conforme a lo debido. Pagar es llegar al destino natural de toda obligación. Significa la ejecución voluntaria de la misma, en estricto orden a lo convenido o previsto por la ley.

Podríamos decir que el pago no importa desviación alguna en el destino de la relación jurídica.

Toda relación obligatoria tiene carácter efímero, por cuanto acreedor y deudor se obligan con miras a la satisfacción de un interés patrimonial.

Las obligaciones se celebran para cumplirse; por tanto, dicho cumplimiento debe efectuarse dentro de términos razonables que impliquen una satisfacción oportuna de la prestación debida.

Es regla general que al contraer una obligación ambas partes, acreedor y deudor, establezcan un plazo determinado para su cumplimiento. Sin embargo, el plazo también podrá ser determinable, pero sólo podrá llegar a ser indeterminado, en cuanto al término final del mismo, mas no en cuanto a su término inicial.

El propio Código Civil Peruano de 1984 contiene a este respecto una regla específica: el artículo 1240 prescribe que si no hubiese plazo designado, el acreedor puede exigir el pago inmediatamente después de contraída la obligación. Esta norma, común a muchos Códigos Civiles de nuestra tradición jurídica, subraya el carácter efímero de la relación obligatoria y denota la voluntad del legislador destinada a propiciar la extinción de la misma en el plazo más breve posible. Esto explica el sentido del precepto citado.

Otro tema a destacar es que la relación obligatoria implica, sin duda, un doble aspecto de deber y de derecho.

Si el deudor tiene el deber de pagar, también tiene el derecho de hacerlo. Para ello existe la figura del pago por consignación, cuando el deudor se vea en la imposibilidad de pagar al acreedor directamente, ya sea por causas imputables a este último o por causas ajenas a su voluntad.

Sin perjuicio de lo anterior, creemos que el acreedor podría impedir el pago de su deudor si es que le fuese perjudicial, por haber cambiado las circunstancias existentes desde el momento del nacimiento de la obligación. Será obvio, sin embargo, que el acreedor tendrá que abonar al deudor la contraprestación a la que se hubiese obligado, pues de lo contrario estaríamos admitiendo que el acreedor (deudor en otra obligación surgida del mismo acto) pueda eximirse impunemente de continuar la ejecución de sus propias obligaciones.

Lo debatible sería si el deudor podría o no tener derecho a discutir la legitimidad de la procedencia de la negativa de su acreedor a recibir el pago, y si el deudor tendría derecho a exigir una indemnización de daños y perjuicios.

Para ilustrar lo expresado, aclaramos el caso con un ejemplo.

Un banco decide construir su nueva sede central y contrata con un reconocido pintor la elaboración de un cuadro del Presidente del Directorio de dicho banco, para ser colocado en el ambiente principal del edificio.

En el intervalo que discurre entre el nacimiento de la obligación y el día en que se tenía que ejecutar, el Presidente del Directorio —accionista mayoritario del banco— vende todas sus acciones a otro grupo empresarial. Los nuevos dueños deciden, por obvias razones, ya no colocar en

el ambiente principal del banco el retrato de quien fuera su antiguo Presidente, sino aquel de la otra persona que lo sustituye en dicho cargo.

En tal sentido, le comunican al pintor la voluntad del banco de que ya no ejecute su obligación de hacer, pues el nuevo Presidente encargará a otro artista elaborar el cuadro respectivo. No obstante, el banco comunica al pintor su voluntad de pagarle el íntegro de la contraprestación debida por concepto del cuadro que ya no va a pintar.

Hasta aquí nuestro supuesto.

Desde una perspectiva simplista, podría sostenerse que el pintor no se ve perjudicado en lo más mínimo, por cuanto el banco le va a pagar el íntegro de la prestación debida por el cuadro que no va a pintar.

Sin embargo, podría aducirse que el artista al no pintar el cuadro y, por tanto, no ser exhibido de manera permanente en el ambiente principal del banco, pueda sufrir perjuicios, ya que, evidentemente, hubiera podido llegar a ser más famoso de lo que era, al conocer un número inmensamente apreciable de personas que él era su autor.

Se trata, sin duda, de un supuesto en extremo debatible. Creemos que el deudor no podría discutir la pertinencia de la negativa del acreedor a la ejecución de la prestación debida, ya que en estos casos será el acreedor su propio juez, por ser quien conoce sus intereses o expectativas.

Sobre el concepto de la palabra «pago», propiamente dicha, existen numerosas posiciones doctrinarias.

Vulgarmente se considera como pago la entrega de una cantidad dineraria debida. La Real Academia Española[136] entiende por pago a la «entrega de un dinero o especie que se debe». Sin embargo, dentro del campo del Derecho de Obligaciones, la definición de la Real Academia resulta incompleta.

En Derecho de Obligaciones «pago» es la ejecución de una prestación debida, ya sea ésta de dar, de hacer o de no hacer. Por lo tanto, habría que agregar a la definición de la Real Academia la posibilidad

---

136 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*. Madrid: Espasa Calpe, 2001, tomo 8, p. 1118, primera columna. http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=pago

de que se pague con un servicio, con un acto o con una abstención, si es que el deudor o deudores se hubiesen obligado a ello.

Si bien nuestro Código Civil no ha asumido una definición de pago, entendemos que sería de aplicación la enunciada.

En verdad, suelen presentarse tres acepciones usuales de la palabra *pago*, a saber:

(a) En el sentido común o vulgar el pago consiste en el desplazamiento de una suma de dinero por el deudor en favor del acreedor, con el objeto de cumplir con una prestación de naturaleza pecuniaria.

(b) En sentido jurídico, la palabra «pago» significa el cumplimiento de cualquier prestación de dar, de hacer o de no hacer.

Así, paga, en las obligaciones de dar, quien entrega el bien objeto de la obligación. En las obligaciones de hacer el pago se produce cuando el deudor cumple con practicar el hecho prometido. Este hecho puede ser inmaterial —por ejemplo, el abogado que se obliga a defender a su cliente de palabra ante los tribunales—, o traducirse, luego de la actividad del deudor, en la entrega de un bien fruto de esa actividad —el pintor que se obliga a confeccionar un retrato—. En este último caso se trata de una obligación de hacer, porque lo que prevalece es la actividad del sujeto pasivo que, en el caso propuesto, se traduce en hechos destinados a cumplir la prestación, hechos que resultan consecuencia de sus cualidades artísticas; pero la obligación sólo quedará pagada cuando se efectúe la entrega del bien objeto de esa actividad. En las obligaciones de no hacer, esto es en las obligaciones negativas, el pago se produce por la simple abstención, omisión o inactividad del deudor.

(c) En su acepción más amplia, el pago originaría la extinción de la obligación, cualquiera que sea la forma que ella adopte. Desde este punto de vista, constituiría pago no sólo el cumplimiento de la obligación, sino cualquier otro medio extintivo que empleen las partes, llámese novación, compensación, condonación, transacción, etc.

Nosotros utilizamos la palabra «pago» en su segunda acepción, esto es como el cumplimiento de cualquier obligación de dar, de hacer o de no hacer. Esta interpretación, por lo demás, es coherente con lo previsto por el Código Civil. Dentro de los efectos de las obligaciones, la ley peruana distingue entre el pago (artículos 1220 al 1276) y los otros medios de extinguir la obligación, tales como la novación (artículos 1277

al 1287); la compensación (artículos 1288 al 1294); la condonación (artículos 1295 al 1299); la consolidación (artículos 1300 y 1301); la transacción (artículos 1302 al 1312); y el mutuo disenso (artículo 1313).

Por otra parte, el propio Código Civil, dentro del título del pago, trata expresamente sobre las obligaciones de dar sumas de dinero, específicamente, entre otros preceptos, en los artículos 1234, 1235 y 1237. Pero en ese mismo título regula, además, la extinción, por su debido cumplimiento, de toda clase de obligaciones, lo que determina que la ley peruana no se circunscriba, en esta materia, a las obligaciones pecuniarias, descartando así la acepción de la palabra «pago» en su sentido común o vulgar.

Por último, dejamos establecido que el pago es un deber y un derecho. El deudor, al pagar, cumple con el deber que emana de la relación obligacional asumida. Pero no sólo tiene el deber de pagar. También tiene el derecho de hacerlo, por diversas razones: a) desea cumplir con un imperativo de su conciencia; b) desea liberar de cargas a su patrimonio; c) desea evitar los daños y perjuicios que podrían originarse por la inejecución de la obligación en favor del acreedor; d) desea evitar los propios perjuicios que eventualmente podría ocasionarle mantener la prestación en su poder. Es por ello que la ley ha organizado dos instituciones para que el deudor, ante la renuencia del acreedor a aceptar el pago, pueda liberarse: el pago por consignación y la mora del acreedor. En la misma medida en que el acreedor tiene el derecho de exigir el pago, también tiene el deber de aceptarlo.

## 2. NOCIÓN DE PAGO

La primera de las normas que el Código Civil Peruano consigna para el tema del pago es el artículo 1220, por el cual se establece que él se entenderá efectuado solamente cuando se haya ejecutado íntegramente la prestación:

> *Artículo 1220.- «Se entiende efectuado el pago sólo cuando se ha ejecutado íntegramente la prestación».*

Recordamos que se considerará ejecutada una prestación, solamente cuando ésta se cumpla y este cumplimiento implique la realización completa, íntegra, del dar, hacer o no hacer prometidos. Definitivamente un dar, hacer o no hacer cumplidos parcialmente, nos llevará al tema

del cumplimiento parcial, puesto que si algo se cumple en parte, ese algo también se incumple en otra parte.

Es en tal sentido que el artículo 1220 del Código Civil recoge ese principio, pues de acuerdo con esta norma se entiende efectuado el pago sólo cuando se ha ejecutado íntegramente la prestación.

### 2.1. Requisitos

Respecto de los requisitos del pago, éstos son los siguientes:

#### *2.1.1. Preexistencia de una obligación*

El primero de los requisitos no amerita mayor desarrollo puesto que resulta evidente que la ejecución de una prestación no debida es cualquier cosa menos pago.

#### *2.1.2. Que la prestación se efectúe con animus solvendi*

Nosotros no pensamos que este requisito sea esencial. Consideramos que el pago puede ser tanto un acto jurídico como un simple hecho, según veremos más adelante; sostenemos que en este segundo supuesto no es necesario el *animus solvendi*.

#### *2.1.3. Que se pague aquello que se debe*

El principio de identidad en las obligaciones de dar bienes ciertos está previsto por el artículo 1132 del Código Civil de 1984, el mismo que establece que «*El acreedor de bien cierto no puede ser obligado a recibir otro, aunque éste sea de mayor valor*».

Pese a su ubicación, la premisa a partir de la cual se construye esa norma es aplicable a todo el Derecho de Obligaciones. Por lo mismo, lo allí prescrito no sólo se debe leer respecto de las obligaciones de dar, sino también respecto de las obligaciones de hacer y de no hacer.

La importancia del principio, entonces, trasciende el campo de las obligaciones de dar, para ingresar —con igual fuerza— en las de hacer y no hacer. En general, él podría resumirse afirmando que el deudor está obligado a ejecutar la prestación convenida y no otra.

El principio de identidad tiene directa relación con aquello que se va a cumplir, mas no con las dimensiones de dicho cumplimiento.

Es así que consideramos que el principio de identidad de la prestación apunta al pago con idéntica prestación a la convenida, mas no al pago con la prestación convenida pero con dimensiones distintas. Este principio de identidad está previsto por la ley peruana en el artículo 1220 del Código Civil, antes citado.

El supuesto ideal en toda obligación es que el deudor cumpla exactamente de acuerdo a lo pactado. Pero pueden ocurrir, por las más diversas causas, situaciones excepcionales en las cuales si bien es cierto que se cumple con la prestación debida, dicha prestación reviste cantidades o dimensiones distintas o diversas a las originalmente convenidas.

### *2.1.4. Que se pague íntegramente lo debido*

El principio de integridad se encarga de responder a la pregunta de con cuánto se debe pagar.

Siguiendo este principio, tenemos que cuando se deben 1,000 nuevos soles, son 1,000 nuevos soles los que deben pagarse, pues son esos 1,000 nuevos soles los que se adeudan.

Como puede inferirse, en realidad los principios de identidad e integridad son como las dos caras de una misma moneda, pues es necesario conjugarlos, leerlos, interpretarlos y aplicarlos de manera indisoluble.

Es importante subrayar que, en tanto el principio de integridad busca evitar que el deudor decida sobre cuánto va a pagar, en virtud del mismo el acreedor puede negarse a recibir un pago parcial. De este modo, si se hubiera pactado que el deudor debía entregar como pago 10,000 nuevos soles, el acreedor podría negarse a aceptar, por ejemplo, que el deudor le entregue 9,000 nuevos soles como parte del pago.

Consideramos conveniente resaltar también que el hecho de que, sobre la base del principio de integridad, el acreedor pueda negarse a aceptar un pago parcial, no significa que esté impedido de hacerlo si así lo desea.

## 3. INDIVISIBILIDAD DEL PAGO

El artículo 1221 establece:

> *Artículo 1221.- «No puede compelerse al acreedor a recibir parcialmente la prestación objeto de la obligación, a menos que la ley o el contrato lo autoricen.*
>
> *Sin embargo, cuando la deuda tiene una parte líquida y otra ilíquida, puede exigir el acreedor el pago de la primera, sin esperar que se liquide la segunda».*

El supuesto ideal en toda obligación es que el deudor la cumpla, ejecutando la prestación exactamente de acuerdo a lo convenido. Pero podrían ocurrir, por las más diversas circunstancias, supuestos de excepción en los cuales la prestación ejecutada revista dimensiones distintas a las originalmente pactadas.

Creemos que aquí el deudor estaría yendo contra el principio de integridad en el pago, ya que estaría pagando con cantidades diversas a aquellas por las que se obligó.

Sin lugar a dudas, el principio de integridad del pago, aplicable a todas las obligaciones, cualquiera fuese su naturaleza, resulta más evidente en el caso de las obligaciones de dar, en razón de que son más fáciles de cuantificar.

Cuando no se paga algo íntegramente, ello podría obedecer a que se paga más de lo debido o a que se paga menos. Nos referiremos en forma separada a cada una de estas hipótesis:

(a) En caso el bien entregado tenga mayores dimensiones que las convenidas (por ejemplo, un terreno que se vendió por 1,000 metros cuadrados, pero en realidad tenía 1,100), consideramos que podría concluirse en que el pago ha sido verificado y, por tanto, dicho exceso podría representar, eventualmente, un supuesto de pago indebido, si se configurase la institución con los requisitos que el Código Civil prevé para el mismo.

(b) En el supuesto en que el bien entregado tenga dimensiones o cantidades inferiores o menores a las convenidas (que el terreno de nuestro ejemplo tuviere 950 metros cuadrados y no los 1,000 convenidos), sin lugar a dudas se podría configurar un caso de trasgresión al principio de integridad en el pago, ya que en buena cuenta no se estaría efectuando un pago íntegro.

En ese sentido, el comprador podría negarse a recibir el bien, en estricta aplicación de lo establecido por el primer párrafo del artículo

1221 del Código Civil; en tanto que el vendedor no podría compeler al comprador a recibirlo, en razón de lo prescrito por la misma norma.

Pero resulta imprescindible aclarar que el principio de integridad en el pago, y el derecho que otorga el artículo 1221 del Código Civil al acreedor para negarse a recibirlo parcialmente, tienen estricta vigencia en tanto estemos en el momento inmediato previo a la verificación o ejecución de dicho pago. Este principio no se aplica luego de verificado el pago parcial, pues el pago, obviamente, ya se habría hecho.

En tal situación, el único camino viable sería que el acreedor que luego percibe que la naturaleza de la prestación ha trasgredido el principio de integridad, efectúe un reclamo al deudor, de acuerdo a los principios generales recogidos en las normas del Código Civil sobre el Derecho de Obligaciones y la Parte General de Contratos, en especial los preceptos relativos al contrato con prestaciones recíprocas. Si se tratase de una compraventa, serían aplicables, según el caso, los preceptos relativos a la compraventa *ad mensuram* o los de la compraventa *ad corpus*.

Ahora bien, el acreedor no puede ser compelido (obligado) a recibir un pago parcial de la prestación objeto de la obligación. Esta es la regla general. El acreedor no podrá ser obligado a recibir un cumplimiento parcial, pues, se entiende, dicho cumplimiento parcial equivale a un incumplimiento de parte de la prestación debida. Y no es a eso a lo que se ha obligado el deudor (o aquello que la ley le ordena cumplir). Esta afirmación es —siguiendo lo desarrollado— simple consecuencia del principio de integridad de la prestación, de la indivisibilidad del pago. La regla excepcional, que corresponde a la autonomía de la voluntad de las partes, es que el deudor, por mandato de la ley o por el contrato, esté autorizado a efectuar pagos parciales.

Por nuestra parte, podemos afirmar que los dos supuestos de excepción al principio de integridad en el pago contemplados por el Código Civil Peruano de 1984, como hemos señalado, resultan obvios, pues en ambos casos, ni el contrato ni la ley obligan al deudor a efectuar un pago total de la prestación en un determinado momento, sino que lo facultan a efectuar pagos parciales, conducentes a la ejecución de la totalidad de la prestación.

Debe descartarse como interpretación que la mención del contrato o de la ley puedan referirse a un pago parcial que tenga la facultad de

liberar al deudor de la totalidad de la prestación debida. No es éste el sentido de la norma. El precepto tiene por objeto, simplemente, permitir al deudor cumplir con su prestación de manera parcial, pero al iniciar la ejecución de la misma en esta forma, dichos cumplimientos parciales no lo liberarán de cumplir con el resto de la prestación debida. Lo contrario sería admitir que el contrato o la ley estén dando al pago parcial características de pago total, lo que sería a todas luces absurdo.

Por otra parte, deuda líquida, a la que se refiere la excepción prevista en el segundo párrafo del artículo 1221 del Código Civil, es aquella cuyo monto exacto está determinado o es determinable con suma facilidad. Por ejemplo, una deuda puede consistir en el pago de capital e intereses. El monto del capital será con frecuencia conocido desde el momento en que surge la obligación. Pero no necesariamente ocurrirá lo propio con los intereses devengados, los mismos que deberán calcularse aplicando las tasas correspondientes, procedimiento que en algunos casos puede revestir cierta complejidad. En tal sentido, dicha norma faculta al acreedor a exigir el pago de la parte líquida, mientras se efectúa el cálculo de la otra parte —la ilíquida—, a fin de convertirla en líquida.

## 4. PAGO REALIZADO POR TERCERO

Es regla general del pago que éste pueda ser efectuado por cualquier persona. Así lo establece el artículo 1222 del Código Civil, al prescribir lo siguiente:

> Artículo 1222.- «*Puede hacer el pago cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, sea con el asentimiento del deudor o sin él, salvo que el pacto o su naturaleza lo impidan.*
>
> *Quien paga sin asentimiento del deudor, sólo puede exigir la restitución de aquello en que le hubiese sido útil el pago*».

En consecuencia, de acuerdo con el texto transcrito, tenemos tres grupos de personas que podrían efectuar el pago:

(a) *El deudor*

Es decir, quien se encuentra obligado a ejecutar la prestación, en virtud de su voluntad unilateral, del contrato o de la ley.

(b) *Un tercero que tenga interés directo en el cumplimiento de la prestación*

Destacamos que este tercero podría estar actuando o en nombre propio o en nombre del deudor.

Compartimos sobre este tema el criterio de Llambías,[137] quien piensa que es tercero interesado quien no siendo deudor, puede sufrir un menoscabo en un derecho propio si no se paga la deuda. En esta definición hay dos notas características: (1) la calidad de tercero, o sea de persona ajena a la relación jurídica pendiente entre acreedor y deudor; (2) la contingencia del perjuicio propio, a causa de la falta de cumplimiento de una deuda ajena.

A decir de este tratadista, de lo expuesto podría deducirse que constituyen ejemplos de terceros interesados, los que se mencionan a continuación:

*–Tercero poseedor de inmueble hipotecado*

Es típicamente un tercero interesado. No es deudor, según se ha visto, pero puede perder la posesión de la cosa si no se paga el crédito al acreedor, quien entonces puede hacer efectiva su garantía, ejecutando el inmueble.

*–Garante real*

Es quien ha constituido una prenda o hipoteca sobre un bien propio en seguridad de una deuda ajena. Se encuentra en la misma situación del anterior tercero.

*–Adquirente de un bien que fuera donado con cargo*

Se sabe que el cargo es una obligación accesoria anexa a la adquisición de un derecho. Ahora bien, si la enajenación es gratuita, el incumplimiento del cargo puede originar la revocación de la donación y la consiguiente aniquilación de los derechos constituidos por el donatario sobre la cosa donada. De ahí que el sucesor particular de ese donatario, que no es deudor del cargo, tenga interés en cumplirlo, para evitar la pérdida de su dominio actual sobre el bien recibido. Igualmen-

---

137 LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones.* Buenos Aires: Editorial Perrot, 1983, 4.ª edición actualizada por Patricio Raffo Benegas, tomo II-B, pp. 123 y ss.

te, un acreedor del donatario está interesado en mantener el bien en el patrimonio de su deudor, para cobrarse con él, lo cual puede serle útil si la erogación correspondiente al cargo es menor al valor del bien donado.

*– Otro acreedor del mismo deudor*

Señala Llambías que *la ley* concede la subrogación legal a un acreedor que paga a otro acreedor que le es preferente. Como de ese modo preserva la subsistencia en el patrimonio del deudor de un bien expuesto a la ejecución de otro acreedor intemperante, no hay duda de que se trata de un tercero interesado, cualquiera sea la calidad de su propio crédito, quirografario o privilegiado.

*– Delegado para el pago de la deuda*

Es —según Llambías— el que ha convenido con el deudor encargarse del pago, en lugar suyo. Como el acreedor es ajeno a ese convenio, no lo afecta y mantiene intacta su acción de cobro contra el deudor. Por ello, el delegado de la deuda es un tercero, que sin embargo puede ser obligado a satisfacer los daños y perjuicios del deudor, si no cumple el compromiso asumido con éste de pagar su deuda. De ahí que sea un tercero interesado en el cumplimiento de la obligación, para eximirse de la responsabilidad que podría alcanzarle frente al deudor.

*– Otros supuestos*

Precisa Llambías que al enunciar Segovia quiénes son terceros interesados en deducir la nulidad absoluta de un acto jurídico, para lo cual los autoriza la ley, menciona —fuera de los ya nombrados—, entre otros, al poseedor o coposeedor, al condómino, al socio, al cónyuge, al legatario o colegatario, y al garante real de la cláusula penal. Todos son también terceros interesados en el cumplimiento de una obligación ajena, si a falta de ello pueden sufrir perjuicio.

*– El fiador*

Llambías sostiene que el fiador no es un tercero, porque considera que el fiador es frente al acreedor un deudor condicional, subordinado al hecho de que no pague espontáneamente el deudor. Considera que tampoco lo son los codeudores solidarios o indivisibles, porque ellos al satisfacer la totalidad de la prestación debida se limitan a actuar conforme a la exigencia de conducta que les impone la obligación

solidaria o indivisible. Distinto es el caso de los deudores de una obligación divisible, quienes están precisados a solventar sólo la parte que les corresponde, y actúan como terceros con respecto al pago en exceso de su cuota.

Podría sostenerse que un fiador solidario, que estuviese garantizando el cumplimiento de la prestación de un determinado deudor, sí sería un tercero interesado. Si el deudor no pudiese cumplir o hubiese ya incumplido con la ejecución de la prestación debida, su fiador tendrá interés directo en la ejecución de la prestación (en razón de todos los efectos severos que implica la solidaridad pasiva); por tal razón, a dicho deudor le convendrá ejecutar la prestación debida por el deudor, y luego subrogarse contra este último a efectos de que le restituya aquello que pagó.

Sin embargo, por nuestra parte manifestamos que existen dudas legítimas respecto a si un fiador pudiese ser considerado como un «tercero interesado», ya que el fiador es un obligado y, si es solidario, el acreedor puede actuar directamente contra él, sin el beneficio de la excusión de los bienes del deudor.

(c) *Un tercero que tenga interés indirecto en el cumplimiento de la prestación o que carezca de interés*

El interés indirecto es entendido como aquel que no tiene relevancia para el Derecho, pero puede tenerla en razón de consideraciones extrajurídicas. Definitivamente, al tercero que tiene solamente un interés indirecto, no le ocasionará ningún perjuicio patrimonial el incumplimiento de la obligación por el deudor; pero, en razón de otras consideraciones, pagará en su nombre.

Éste podría ser el caso de un padre, que ante la desesperación de su hijo por no poder pagar una obligación dineraria que se había comprometido a ejecutar, y cuyo incumplimiento ocasionará al deudor la pérdida (a través de la ejecución de una hipoteca) de la casa de su familia, lleve a su padre a pagarla, evitando de esta forma las consecuencias gravosas que se producirían de no efectuarse el pago debido por su hijo.

Pero este caso, dentro de la lógica de la ley civil peruana, sería el de un tercero *no interesado*.

Consideramos también que el pago lo puede hacer un tercero sin interés alguno, directo o indirecto. Reconocemos que ello será poco probable que ocurra, pero la ley así lo permite.

Podría tratarse del caso de una persona que quiere evitar el remate de la casa-habitación de un amigo suyo. Aquí podríamos hablar de un interés indirecto muy relativo, y bastante distinto, por cierto, al caso del padre con el que ilustramos el supuesto anterior.

Pero también podría tratarse de una persona que carezca de interés y que pague —supuesto poco probable, pero no imposible—, y en este caso el pago sería válido.

En este tercer supuesto, quien paga podrá actuar o en nombre propio o en nombre del deudor.

En cualquiera de los tres supuestos se considerará que el pago efectuado es válido, y en ninguna de las dos últimas hipótesis, el deudor incumpliente podrá oponerse al pago efectuado por cualquiera de los terceros mencionados, tengan o no interés directo o indirecto en la ejecución de la prestación.

Por otra parte, precisamos que el Código Civil Peruano establece algunos supuestos de excepción para que el deudor se oponga a la ejecución de la prestación por parte del tercero. Éstos son:

(i) Si el contrato lo impide.

Naturalmente, si se hubiese pactado la no ejecución de la prestación por un tercero, el acreedor tendría el derecho de oponerse al pago, debido a que éste sería un pago indebido o estaría recibiendo un pago que generaría un enriquecimiento sin causa. De aceptarse el pago por el acreedor, el mismo no tendría efecto liberatorio para el deudor, quien seguiría debiendo la prestación estipulada, salvo que tal pago fuera también admitido por el deudor, en cuyo caso las partes estarían revocando el acuerdo de no ejecución de la prestación por un tercero.

(ii) Si la naturaleza de la obligación lo impide.

Éste es el supuesto de las típicas prestaciones *intuitu personae*, vale decir, de aquéllas cuyo cumplimiento sólo puede ser efectuado por la persona del deudor, sobre la base de la naturaleza de la prestación. En estos supuestos el acreedor podrá oponerse a la ejecución de la misma por un tercero.

Cabe señalar, además, que el asentimiento del deudor puede ser expreso o tácito. Será expreso en la medida en que así lo manifieste de manera precisa y clara. Será tácito, en cambio, si es que su conducta demuestra que, conociendo de la voluntad del tercero de pagar, no se opuso o no manifestó ser contrario a dicha pretensión.

Debemos referirnos, adicionalmente, a los alcances de las expresiones finales del segundo párrafo del artículo 1222, cuando hacen referencia a que quien paga sin asentimiento del deudor «sólo puede exigir la restitución de aquello en que le hubiese sido útil el pago».

Entendemos que la alusión a «aquello en que le hubiese sido útil el pago» puede confundir conceptos. Podría interpretarse que dicha frase se refiere a aquello en que hubiese sido útil el pago para quien pagó, pero ello carecería de sentido, pues podría tratarse del supuesto en el cual el pago lo haga una persona que no tenga interés alguno en la obligación. Por otra parte, también podría pensarse que se está aludiendo a aquello en que el pago hubiese sido útil al deudor. Este concepto sí tendría sentido en algunos casos, mas no en todos, ya que si un tercero paga la deuda del deudor, dicho pago, como regla general, le habrá sido útil íntegramente, pues lo habrá liberado de su anterior obligación (independientemente de si ese tercero que pagó pueda subrogarse o no ante el mencionado deudor). Los supuestos en que sí tendría sentido cabal esta segunda interpretación, serían aquellos en que el tercero pague y la obligación del deudor ya hubiese prescrito —y por ende ya no le fuera exigible—, o que la obligación fuese objeto de alguna controversia sobre su cuantía —por citar otro caso—.

## 5. APTITUD LEGAL PARA EFECTUAR EL PAGO

El artículo 1223 del Código Civil se refiere a la aptitud para realizar el pago:

> *Artículo 1223.- «Es válido el pago de quien se encuentra en aptitud legal de efectuarlo.*
>
> *Sin embargo, quien de buena fe recibió en pago bienes que se consumen por el uso o dinero de quien no podía pagar, sólo está obligado a devolver lo que no hubiese consumido o gastado».*

En primer lugar, al prescribir el artículo 1223 del Código Civil que es válido el pago de quien se encuentra en aptitud legal de efectuarlo, se está haciendo alusión a aquellas personas que tienen capacidad de ejercicio, es decir que será válido el pago de quienes no se encuentran comprendidos en los alcances de los artículos 43 y 44 de dicho Código, referentes a la incapacidad absoluta y a la incapacidad relativa, respectivamente.

El pago de cualquier persona no comprendida en esas normas se considerará como válidamente efectuado, salvo los casos en que el deudor, persona capaz, efectúe el pago con prestación que no le pertenece.

En lo que respecta a la incapacidad, debemos precisar que no es éste el caso en que alguna persona absoluta o relativamente incapaz ejecute una prestación en nombre de una persona con capacidad de ejercicio. Se trata, en cambio, del supuesto en el cual sea precisamente el incapaz quien deba la prestación y él mismo la ejecute.

El lector se preguntará cuándo debería un incapaz una prestación, habida cuenta de que no tiene capacidad para obligarse. Sin embargo, como sí tiene capacidad de goce, podrá ser titular de derechos y obligaciones, pero, sin embargo, la ejecución de sus obligaciones y el resguardo de sus derechos, deberán ser ejercidos o efectuados no por el propio incapaz, sino por quien lo represente para el Derecho. En virtud del artículo 45 del propio Código Civil, los representantes legales de los incapaces ejercen los derechos civiles de éstos, según las normas referentes a la patria potestad, tutela y curatela. Será el caso de la patria potestad, si son los padres quienes la ejercen; de la tutela, si se tratase de un menor de edad a quien le faltasen padres que ejerciesen dicha representación; y de la curatela, si se tratase de mayores de edad incapaces que requieran de representación. Estas dos últimas (la tutela y la curatela) son las que se conocen como instituciones supletorias de amparo.

Ahora bien, ¿cómo podría un incapaz estar obligado a la ejecución de una prestación?

Nos planteamos el caso de un menor de edad (8 años), hijo único, cuyos padres, adinerados, mueren intestados en un accidente. El menor de edad se convertirá entonces en el único heredero de sus padres, razón por la cual será él, y sólo él, el dueño de toda la masa hereditaria de los

mismos. Podría ocurrir que sus padres tuviesen una deuda dineraria, por ejemplo, frente a un tercero. En este caso, al ser ahora su único hijo el titular del patrimonio hereditario, también sería deudor único de dicha prestación. Pero el menor de edad no podrá ejecutar por sí mismo la prestación debida, sino que deberá cumplirla su representante legal, que para estos efectos será el tutor nombrado de acuerdo a las disposiciones legales vigentes (artículos 502 a 563 del Código Civil).

Asimismo, el menor de edad podrá ser titular de numerosas obligaciones cuyo cumplimiento le es impuesto por la ley. Es el caso de las obligaciones tributarias, por ejemplo, que deberá satisfacer al Fisco; si el menor de edad hubiese heredado bienes inmuebles, estará sujeto al pago del impuesto predial, pero él mismo no pagará personalmente tal impuesto, sino su tutor.

También podría tratarse, en el mismo orden de ideas expuesto, del caso de una persona capaz que contrae una obligación y que luego se vuelve incapaz.

Será inválido el pago de un incapaz. Ello, para evitar que el incapaz, al no administrar personalmente su patrimonio, se perjudique por acciones de esa naturaleza.

Sin embargo, el propio artículo 1223 establece un caso de excepción: si el acreedor hubiese recibido el pago de buena fe, y dicho pago consistiese en bienes que se consumen por el uso o dinero (el dinero es el bien consumible por excelencia), sólo quedará obligado a restituir lo que no hubiese consumido o gastado. Puede haber bienes que se consumen en forma relativamente rápida, pero no necesariamente con el primer uso. Y en este caso, al reclamarse, pueden ser perfectamente inútiles o, en la realidad de los hechos, estar destruidos por el transcurso del tiempo. Por otra parte, existen bienes que, con buen cuidado, poco o nada se consumen con el uso; por ejemplo, un cuadro. Y otros, en fin, que no se consumen por el uso; por ejemplo, un diamante.

Del referido precepto puede deducirse que si el acreedor de buena fe hubiese consumido o gastado la integridad o parte del objeto de la prestación recibida, no deberá devolver nada o, en el segundo caso, deberá devolver lo no consumido o no gastado.

También puede deducirse, esta vez *contrario sensu*, que si se tratase de un acreedor de mala fe (entendiendo por mala fe el conocimiento de que quien pagaba no podía hacerlo), dicho acreedor deberá devolver la integridad de la prestación debida, pudiéndose dar los tres siguientes supuestos:

(a) Si el acreedor no hubiese consumido nada de lo recibido, deberá devolver los mismos bienes.

(b) Si el acreedor hubiese consumido sólo parte de lo recibido, deberá devolver lo no consumido y reponer con bienes iguales o en dinero aquello que hubiese consumido.

(c) Si el acreedor hubiese consumido la totalidad de los bienes recibidos, deberá reponer la integridad de los mismos con bienes iguales o en dinero.

Lo señalado por nosotros en los puntos (b) y (c) generalmente no será difícil de ejecutar, en lo que respecta a «bienes iguales», ya que es usual que los bienes consumibles de los que trata esta norma (el artículo 1223 del Código Civil), también sean fungibles (siendo ambas categorías, desde luego, conceptualmente diferentes).

Cabe mencionar, por último, que el artículo 1223 tiene una excepción en el propio Código Civil de 1984: el artículo 1358, que establece que «*Los incapaces no privados de discernimiento pueden celebrar contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria*». Consideramos que esta norma constituye una excepción, porque en el supuesto contenido en el artículo transcrito no será necesario, para que el pago sea válido, que quien lo efectúe sea una persona con capacidad de ejercicio. Se requiere, simplemente, que no esté privado de discernimiento y que el pago tenga relación con las necesidades ordinarias de su vida diaria. El sentido de esta excepción es, en lo fundamental, reconocer como válidas situaciones que necesariamente se van a producir y que, de no existir el numeral 1358, deberían ser consideradas nulas.

## 6. PERSONAS A QUIENES SE PUEDE EFECTUAR EL PAGO

El artículo 1224 señala las personas a quienes se puede efectuar el pago:

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

El principio general que inspira esta materia es que el pago deberá efectuarse al acreedor de la obligación, es decir, a quien realmente se debe la prestación, en virtud de cualquiera de las fuentes de las obligaciones.

Se paga bien al acreedor capaz de recibir o a quien le represente en debida regla, pero, por excepción, el pago resulta a veces válido por el concurso de circunstancias sobrevenidas al acreedor incapaz o a quien no le representaba.

Las hipótesis planteadas por el Código Civil, en su numeral 1224, son las que mencionamos a continuación:

### 6.1. Pago hecho al acreedor

Ésta es la forma común de efectuar un pago, vale decir, ejecutarlo en favor del acreedor de la prestación.

### 6.2. Pago hecho al designado por el juez

El pago hecho al designado por el juez no debemos entenderlo dentro del supuesto del pago por consignación. Se trata de un caso distinto, en el que se determina a una persona para recibir el pago.

Así, la orden emanada de una sentencia; o un embargo en forma de intervención, en que se notifica al deudor para que haga los pagos al interventor y no al acreedor.

### 6.3. Pago hecho al designado por la ley

Cabe también la posibilidad de que la ley (si ésta fuese la fuente de la obligación) señalase a una persona distinta al acreedor para que se le efectúe el pago. En este caso, él sería válido.

### 6.4. Pago hecho al designado por el acreedor

Es posible que el propio acreedor designe a una persona para que reciba el pago. En este caso el deudor deberá acatar tal designación y el pago surtirá plenos efectos.

Pensamos que podría tratarse de un nuncio o mensajero, o de un representante o apoderado del acreedor. En ambos supuestos sería de aplicación el precepto bajo análisis.

Conviene tener presente que el pago al representante es, en definitiva, una variante del pago al propio acreedor, ya que a éste se habrán de imputar los actos de aquél.

### 6.5. Pago hecho a persona no autorizada

El último supuesto de validez del pago contemplado en el artículo 1224 del Código Civil, es aquél efectuado a persona distinta del acreedor (se entiende también, en este caso, a persona diferente de la señalada por el acreedor, por el juez o por la ley), pero que, recibido por ésta, es ratificado por el acreedor o éste se aprovecha del mismo.

El referido supuesto (el pago hecho a persona no autorizada) comprende, a su vez, tres hipótesis:

#### *6.5.1. Que el acreedor ratifique el pago*

Supongamos, por nuestra parte, que un deudor debe a su acreedor la cantidad de 10,000 nuevos soles, por concepto de renta, los que deberán ser pagados el día 22 de mayo. Sin embargo, en esta fecha el acreedor se encuentra de viaje; pero el único hijo del acreedor se presenta a cobrar la deuda, y el deudor paga a este último, quien no cuenta con poder alguno que lo faculte a recibir el pago.

En el ejemplo anotado, si el hijo entrega a su padre (acreedor) el monto íntegro de la renta y el padre, a la vez, comunica a su arrendatario que ratifica el pago recibido por su hijo, resulta evidente que dicho pago surtirá todos sus efectos.

Es sabido que la ratificación podría ser expresa o tácita.

Hay ratificación tácita cuando el acreedor, al demandar al deudor, descuenta la parte que éste pagó al tercero. Igualmente, cuando el acreedor demanda al tercero que recibió el pago para que le restituya lo que ha recibido del deudor. También hay ratificación tácita si el acreedor acusa recibo de la carta del tercero que ha recibido el pago, y le ordena que gire la suma recibida.

### *6.5.2. Que el acreedor no ratifique el pago y no se aproveche de él*

En el supuesto de no ratificación por el acreedor, el principio general establecido por el artículo 1224 del Código Civil es que el pago no se considerará válido, lo que equivale a decir que el deudor continuará debiendo dicha prestación a su acreedor, pues la obligación no se ha extinguido.

Este sería el caso en el cual quien cobró se gaste la integridad del dinero recibido, o simplemente no lo comparta con el acreedor. En esta hipótesis, al no haber habido ratificación y al no haberse aprovechado el acreedor del pago, éste será inválido.

Pero dicha no ratificación del pago efectuado por el deudor a tercera persona, no siempre acarreará la consecuencia señalada, pues el principio tiene una excepción, que analizamos seguidamente.

### *6.5.3. Que el acreedor no ratifique el pago, pero sí se aproveche de él*

Podría ocurrir que el acreedor no ratifique el pago, pero sí se aproveche de él, como sería el caso en que el hijo, en el ejemplo propuesto, cumpla con entregar a su padre el dinero recibido o ejecute con esta prestación alguna obra en directo beneficio patrimonial de su progenitor.

Al haber aprovechado el acreedor del pago, éste tendrá efecto cancelatorio (extinguirá la obligación). Entendemos que a pesar de no haberse señalado expresamente en el Código Civil Peruano, cabe también la posibilidad de que la prestación cobrada por un tercero aproveche sólo parcialmente al acreedor de la misma, supuesto en el cual deberá entenderse que el efecto liberatorio del pago efectuado también será parcial.

Recapitulando, podemos concluir en que todos los supuestos apuntan al hecho o situación de que el acreedor vea satisfecho su crédito, más allá de cuál es la persona que recibe el pago.

Si el pago lo recibiera el propio acreedor, será evidente que él extinguiría la obligación, más allá del destino que el acreedor dé al pago recibido. Esto último sería irrelevante, jurídicamente hablando.

En caso de que el pago sea efectuado al designado por el juez, dicha medida sería adoptada por los tribunales en resguardo de los intereses de un tercero, ante la negativa del propio acreedor que tuviera la calidad de deudor en otra obligación (cuyo ejemplo típico es la obligación alimentaria).

En el caso del pago al designado por la ley, será la propia norma legal la que disponga quién es el sujeto activo de la relación obligacional.

Otro supuesto contemplado por el artículo 1224 del Código Civil es el del pago efectuado a persona designada por el propio acreedor. Será este el caso en el cual el acreedor nombre un representante, o simplemente un nuncio o mensajero, para que efectúe el cobro de la deuda. Sería evidente, en este caso, que el acreedor buscará de esta forma satisfacer sus intereses en la relación obligacional. El pago así efectuado redundará en beneficio del acreedor.

Sin duda es el último supuesto contemplado por el artículo 1224 del Código Civil el que reviste mayor interés jurídico, lo cual ha quedado demostrado a lo largo de nuestro análisis. Se trata de la hipótesis en que el pago haya sido hecho a persona no autorizada y el acreedor luego lo ratifique o se aproveche de él. En estos dos casos el acreedor habrá asentido en el pago de manera expresa o tácita, habiéndose beneficiado por efectos del mismo.

Es claro que en esos dos supuestos, el pago revestirá validez y surtirá plenos efectos. En caso contrario, es decir, si no se cumpliesen los requisitos mencionados por la última parte del artículo 1224 del Código nacional, estaríamos en presencia de un pago inválido.

Para finalizar, decimos que no obstante no estar comprendido dentro de los casos previstos por el artículo 1224 del Código Civil, compartimos el criterio de Giorgi,[138] cuando sostiene que si aquél en cuyas manos se pagó equivocadamente lo que se debía a otro, se convierte en heredero o cesionario de este último, el pago quedaría confirmado.

## 7. PAGO EFECTUADO A PERSONA QUE GOZA VEROSÍMILMENTE DE LA CALIDAD DE ACREEDOR. PRESUNCIONES

El artículo 1225 del Código Civil Peruano, trata el tema del pago efectuado a persona que goza verosímilmente de la calidad de acreedor. Señala el citado numeral lo siguiente:

---

138 GIORGI, Giorgio. *Op. cit.* Expuesta conforme a la doctrina y a la jurisprudencia italiana, francesa, alemana, etc. Traducida de la sétima edición italiana y anotada con arreglo a las legislaciones española y americanas, por la redacción de la *Revista General de la Legislación y Jurisprudencia.* Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación, 1909, tomo. VI, p. 116.

*Artículo 1225.- «Extingue la obligación el pago hecho a persona que está en posesión del derecho de cobrar, aunque después se le quite la posesión o se declare que no la tuvo».*

Es principio general que el pago debe verificarse al acreedor. Utilizamos la palabra «general», porque existen casos en que el pago debe efectuarse a un tercero, ajeno a la relación obligacional, y este pago, sin embargo, extingue tal relación. Caso típico es el del empleador notificado para pagar a un tercero, alimentista, con las remuneraciones que adeuda a su empleado.

Pero puede ocurrir que exista el denominado acreedor «putativo» o «aparente», es decir aquél que acredita verosímilmente la condición de acreedor al tiempo del pago, pero que, en realidad, no lo es. Aparenta ser el acreedor, «está en posesión del derecho de cobrar», como lo expresa el Código, pero su título no es verdadero.

Ubiquémonos primero, para la ilustración del precepto, en un caso de indignidad para suceder.

Conforme al artículo 660 del Código Civil, desde el momento de la muerte de una persona —es decir, desde ese instante, sin solución de continuidad, pues no existe la herencia vacante— los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia, se transmiten a sus sucesores. Si un padre fallece dejando como único heredero legitimario a su hijo, éste adquiere, automáticamente, los derechos crediticios de su causante. En este caso, el heredero puede hacer efectivos tales derechos crediticios. Pero luego se inicia un proceso judicial, promovido por otros parientes del fallecido, no legitimarios pero sí herederos, destinado a declarar al hijo indigno para suceder. En caso obtuvieran sentencia favorable, tal heredero sería excluido de la sucesión por indignidad. Pero la sentencia, de acuerdo con el artículo 668 del Código Civil, es declarativa y no constitutiva, lo que significa que ese hijo nunca tuvo la condición de heredero. En la hipótesis prevista se trató, sin embargo, de un acreedor con título firme al tiempo de recibir el pago. Por tanto, el deudor que pagó extinguió su obligación.

Ello no ocurriría si, al verificarse el pago, el deudor tenía conocimiento de la acción judicial, cuyo resultado es siempre incierto. En este caso la ley franquea al deudor el derecho de consignar la prestación debida o, de no ser ésta susceptible de consignarse, simplemente de retener el pago a las resultas del proceso.

Si el deudor paga al acreedor aparente, con desconocimiento de la acción impugnatoria de indignidad, extingue, como se ha expresado, su obligación. Aquí los accionantes, vencedores en el juicio declarativo de indignidad, sólo tendrían una acción de restitución contra el acreedor aparente que cobró. Si, por el contrario, el deudor pagara al acreedor con conocimiento de la acción judicial, y éste resultara vencido en juicio, entonces tal deudor tendría que pagar por segunda vez a los verdaderos herederos, sin perjuicio de su derecho de exigir la restitución al acreedor aparente a quien pagó.

Pero, en este último caso, podría tratarse de prestaciones no susceptibles de restituir. Consideramos que, en estos casos, el acreedor aparente tendría que restituir en dinero el valor de la prestación, forma que, aunque imperfecta, sería la única susceptible de evitar que se enriqueciera indebidamente en desmedro del deudor.

La expresión «posesión del derecho de cobrar» no se agota, sin embargo, con el caso propuesto o con otros similares. Los mismos efectos jurídicos se generarían, por ejemplo, si se presenta un testamento otorgado a su favor, y el deudor desconoce —porque no tenía cómo saberlo— que éste había sido revocado. O en el caso de preterición de un heredero forzoso, de cuya existencia no tenía conocimiento el deudor.

Y si nos trasladamos al Derecho Mercantil, puede sostenerse válidamente «que está en posesión del derecho de cobrar» el tenedor de un título al portador extraviado o, incluso, hurtado, siempre que el deudor carezca de elementos para presumir que él no pertenece a quien lo presenta. En estos casos estaríamos, sin duda, ante un acreedor aparente o putativo.

A manera ilustrativa, podemos mencionar que, a entender de Wayar,[139] son considerados acreedores aparentes, entre otros, los siguientes: el heredero aparente, el mismo que constituye el caso típico, siendo tal aquella persona que ostenta públicamente el título de heredero y realiza en ese carácter actos de disposición, y que luego es desplazada por otra que tiene un título preferente; el ex cónyuge, pues disuelta una sociedad conyugal, si alguno de los ex cónyuges recibe el pago de un crédito que correspondía a la sociedad, actúa como acreedor aparente,

---

139 WAYAR, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, tomo I, pp. 343 y ss.

desobligando al *solvens* —sin perjuicio de las relaciones posteriores entre los ex cónyuges—; quien invoca un derecho cuyo título es anulado después del pago, hallándose en esta situación el cesionario o el legatario que recibe el pago y, luego, la cesión o el testamento, respectivamente, son declarados nulos; y el legitimado aparente. Al lado del acreedor se distingue la figura del legitimado aparente, quien es aquella persona que ostenta una legitimación procesal para cobrar, que luego queda desvirtuada, como es el caso del abogado a quien se le revocó el poder, ignorándolo el deudor demandado.

Al contrario, se entiende que no puede ser tratado como acreedor aparente aquel individuo que obra como acreedor apoyándose en un título falsificado; como sería el caso del cesionario, el legatario o el apoderado que se basan en un documento falso para exigir el pago. Pero si el verdadero acreedor ha facilitado la falsificación o, simplemente, ha sido negligente al respecto, entonces corresponde considerar válido el pago que se le haga al falso acreedor, siempre y cuando el deudor sea de buena fe.

Pero también podría ocurrir, agregamos, que el acreedor haya sido verdadero, pero que luego hubiera perdido tal condición.

Se trataría, por ejemplo, del supuesto de quien cede un derecho sin conocimiento del deudor. Si éste paga al acreedor cedente, extingue su obligación, porque se trata de quien, para el deudor, continúa siendo su acreedor. Aquí el acreedor cesionario sólo tendría acción contra el acreedor cedente, mas no contra el deudor. Caso contrario ocurriría si el deudor, con conocimiento de la cesión, paga al acreedor cedente. Aquí no extinguiría obligación alguna. El cesionario tendría acción contra el deudor, y éste, a su vez, el derecho de exigir la restitución al acreedor cedente.

Señalamos, finalmente, que la aplicación del artículo 1225 del Código Civil exige que el deudor haya actuado con buena fe, es decir, que lo haya hecho en la convicción de que pagaba bien, que pagaba a quien debía hacerlo. Esto significa, en todo caso, que el deudor debe actuar con la diligencia requerida por las circunstancias.

Por otra parte, nos parece inadecuada la expresión «posesión del derecho de cobrar». La palabra «posesión» es propia de los Derechos Reales, no del Derecho de Obligaciones. Es poseedor quien tiene una cosa corporal, con ánimo de conservarla para sí o para otro, pudiéndose,

forzando el lenguaje, hacer extensivo el concepto a las cosas incorpóreas, las cuales propiamente no se poseen. Etimológicamente, «posesión» es el poder de hecho que ejercemos sobre las cosas de la naturaleza exterior, uniéndolas a nosotros de un modo estable, al menos en la intención.

## 8. PRESUNCIÓN DE AUTORIZACIÓN PARA COBRAR

El recibo es, usualmente, el documento suscrito (cancelado) por el que una persona declara haber recibido de otra alguna cosa. Pero, desde el punto de vista jurídico, el pago no se refiere, necesariamente, a cosas. Por ello, debemos entender que la palabra «recibo», en la acepción que le otorga el Código, significa el instrumento que demuestra el cumplimiento de cualquier obligación de dar, de hacer o de no hacer.

El recibo puede estar constituido por un simple documento firmado por el acreedor o por una escritura inscrita en los Registros Públicos correspondientes, pasando por todas las gamas intermedias. El hecho es que se trate de un documento debidamente suscrito (cancelado) por el acreedor.

El portador del recibo puede ser el propio acreedor o un tercero. Si se trata del acreedor, parece evidente que las circunstancias concluyen por admitir que no sólo se encuentra autorizado, sino que tiene el más amplio y legítimo derecho para recibir el pago y, mediante la entrega del documento respectivo, para declarar extinguida la obligación. El segundo caso, esto es si el portador no es el propio acreedor, puede prestarse a reparos u objeciones. El deudor deberá, en estos supuestos, proceder con la diligencia debida, analizando todas las circunstancias y, en caso de duda, verificar con el propio acreedor la legitimidad del título del portador del recibo. Si paga mal, su negligencia determinará que pague dos veces, sin perjuicio de exigir la restitución al portador no autorizado.

El artículo 1226 del Código Civil está dirigido a establecer una presunción *iuris tantum*, en el sentido de que quien posea el recibo de pago otorgado por el acreedor se reputa autorizado para recibirlo. Debemos anotar que la ley no lo reputa como acreedor, sino simplemente como autorizado para recibir el pago, ya que bien podría tratarse del propio acreedor, o de una tercera persona autorizada por este último para cobrar al deudor la prestación debida.

La excepción está prevista cuando, según la propia norma, las circunstancias se opongan a admitir esa presunción.

El texto del referido artículo 1226 es el siguiente:

> Artículo 1226.- *«El portador de un recibo se reputa autorizado para recibir el pago, a menos que las circunstancias se opongan a admitir esta presunción».*

Las circunstancias a que alude el artículo 1226 del Código Civil pueden pertenecer a la más variada índole, como podrían ser la condición de quien porta el recibo, el previo conocimiento del deudor de la persona que lo porta, las actitudes de esta persona, la forma o letra como ha sido redactado el recibo, etc.

Para ilustrar lo señalado, citamos algunos ejemplos que consideramos de interés.

Se trata de una deuda consistente en la ejecución de prestaciones periódicas, por ejemplo, un contrato de arrendamiento, en el que siempre cobra una persona «X» enviada por el arrendador a casa del arrendatario. Pero un día se presenta una persona distinta. En esta situación el arrendatario deberá tomar todas las precauciones del caso antes de pagar la deuda. Deberá asegurarse de que quien porta el recibo sea precisamente el nuevo enviado del arrendador.

Supongamos, por otra parte, que concurriese la persona que siempre cobra, pero que el recibo que porta no contenga las mismas características formales que las anteriores (calidad del papel habitual, letra con la que ha sido redactado, o incluso la propia firma o rúbrica del acreedor). En este caso, también el deudor deberá asegurarse antes de pagar. Lo más idóneo sería que consulte previamente a su acreedor.

Como los ejemplos citados, podríamos invocar una serie indefinida de los mismos, en los que se describan circunstancias que hagan sospechar la falta de idoneidad del recibo o de su portador.

## 9. PAGO EFECTUADO A INCAPACES

En tanto el artículo 1223 del Código Civil Peruano trata acerca del pago efectuado por personas capaces o incapaces y sus efectos, el artículo 1227 se ocupa del pago efectuado a personas incapaces y sus efectos:

> *Artículo 1227.- «El pago hecho a incapaces sin asentimiento de sus representantes legales, no extingue la obligación. Si se prueba que el pago fue útil para el incapaz, se extingue la obligación en la parte pagada».*

El artículo 1227 del Código Civil se refiere a las personas incapaces. Para estos casos, caben dos supuestos:

(a) Que el pago sea efectuado a una persona incapaz (acreedor de la obligación), pero con el asentimiento de su representante legal (padres, tutores o curadores), caso en el cual el pago extinguirá la obligación.

(b) Que el pago sea efectuado a una persona incapaz (acreedor de la obligación), pero sin el asentimiento de su representante legal. En este caso, la regla general será que el pago se considerará inválido. Sólo no lo será (es decir que será válido en la parte pagada —o por completo, de ser el caso—) en el supuesto en que se pruebe que dicho pago fue de utilidad para el incapaz.

Naturalmente debe comprenderse que se entenderá extinguida la obligación no en la parte pagada, tal como lo señala la última frase del artículo 1227, sino en la parte en que lo pagado (se trate de una ejecución total o parcial) haya sido aprovechado (útil) por el incapaz. Esto equivale a decir que será valido el pago en lo que se hubiese utilizado para beneficio del incapaz. Contrariamente, en aquello en que no le hubiese beneficiado, no será válido el pago.

Consideramos que el beneficio que debe reportar el pago al incapaz, tiene que ser uno relacionado directamente con las necesidades de la vida diaria o con cualquier destino que le represente utilidad (como podría ser el caso en que dicho incapaz lo hubiera gastado en cosas u objetos que requiera habitualmente o en el pago de obligaciones apremiantes a su cargo, etc.). Por otra parte, también se trataría del supuesto del incapaz que no gastó o no dispuso de algo de lo recibido (como podría ser el caso de un niño que hubiese recibido una cantidad de dinero y la hubiera conservado para luego entregársela a sus padres).

Por último, debemos señalar que cuando alguien paga a un incapaz, sin asentimiento de sus representantes legales, pero creyendo de buena fe que dicho incapaz no era tal sino que se trataba de persona capaz, y el pago no hubiera sido útil al incapaz, no tendrá derecho para repetir lo pagado. Simplemente deberá volver a pagar. Lo propio

ocurrirá si pagó con mala fe, es decir, si lo hizo a sabiendas de que el pago se verificaba en favor de un incapaz.

## 10. INEFICACIA DEL PAGO QUE EFECTÚA EL DEUDOR DESPUÉS DE NOTIFICADO PARA NO VERIFICARLO

Podría ocurrir que el deudor realizara el pago luego de que se le haya notificado para que no lo haga. Este supuesto se encuentra contemplado en el artículo 1228:

> Artículo 1228.- «*El pago efectuado por el deudor después de notificado judicialmente para que no lo verifique, no extingue la obligación*».

El Código Civil de 1984 solamente ha contemplado el supuesto de la notificación judicial, es decir, la resultante de un proceso judicial, debiendo hacerse extensivo este criterio a los mandatos emanados de la jurisdicción arbitral o militar, reconocidos por el artículo 139, inciso 1, de la Constitución vigente. Consideramos que el principio previsto es acertado, pues no obstante que el supuesto de notificación extrajudicial es más expeditivo, en este caso podría ordenarse arbitrariamente que no se hiciera el pago. Y el pago es no sólo una obligación, sino también un derecho del deudor.

El caso es que, habiéndose producido la notificación, el deudor ya no podría ejecutar válidamente su prestación. De haber sido notificado para ello, y aun así la ejecutase, ella no extinguiría la obligación.

Éste sería el caso, por ejemplo, de que se notificara judicialmente al empleador de un trabajador, a fin de que no le pague su sueldo, porque existe un juicio de alimentos pendiente; o de que se notifique a un deudor para que no pague con un bien determinado, porque el bien se encuentra en litigio.

La notificación a que se refiere el precepto siempre emana de la solicitud de un tercero que alega y logra, aunque no sea definitivamente, sino a través de una medida cautelar, que el deudor no le pague al acreedor.

La norma no se refiere, desde luego, a mandatos dictados a instancias del acreedor. Es verdad que el acreedor puede tener razones valederas para rehusar el pago. Pero no requiere, para ello, de orden alguna. Será suficiente que no lo acepte, que lo rechace. El deudor, cuando proceda, podrá consignar la prestación, o, en todo caso, constituir en mora al acree-

dor. Luego podrá sobrevenir una controversia entre deudor y acreedor, en que se ventilará si la prestación ofrecida era la debida o no.

El punto bajo análisis admite dos supuestos. El primero, que el deudor sea notificado únicamente para que retenga el pago, porque podría existir, por ejemplo, controversia entre el acreedor y un tercero sobre la titularidad del derecho. El segundo, que exista mandato judicial definitivo para que el deudor no pague al acreedor sino a un tercero.

Las consecuencias jurídicas, en ambos casos, pueden ser distintas.

Si en la primera hipótesis el deudor, desacatando la orden judicial, hace el pago al acreedor, este pago no extingue la obligación. Pero si al concluir la controversia el acreedor resulta victorioso, tal pago, sin duda, la extinguiría. En caso contrario, esto es si el tercero gana el pleito, el deudor tendría que pagar nuevamente, sin perjuicio de exigir la restitución al acreedor a quien pagó indebidamente.

Si en el segundo supuesto el deudor paga al acreedor, paga mal, y en este caso estará obligado a pagar nuevamente a aquél a quien el juez le ordenó que lo hiciera, prevaleciendo su derecho a la restitución por el acreedor.

Pero hablamos de restitución y ella no es siempre posible. Puede tratarse, como en los casos anteriores, de bienes no fungibles que se han consumido por el uso, o que existen pero deteriorados, o que se han extraviado, o que simplemente ya no existen; o de prestaciones de hacer inmateriales, donde nada es posible de restituir; o de prestaciones de no hacer, en que la abstención ya se ha ejecutado.

Consideramos que en estos casos, como regla general, el acreedor estaría obligado a restituir al deudor, aunque en forma imperfecta, esto es en dinero, el valor de la prestación. Partimos de la base, para llegar a esta conclusión, de que el acreedor también tenía conocimiento de la notificación y que, no obstante ello, la *turpitude* del deudor y del acreedor determinó que aquél pagara mal. Si el acreedor negligente o doloso no restituyera al deudor, aunque éste hubiera sido negligente, se enriquecería de modo indebido.

Caso distinto sería aquél en que el deudor notificado para no pagar, con desconocimiento de este mandato por el acreedor, efectuara tal pago, el mismo que naturalmente sería recibido por dicho acreedor. Aunque aquí se trataría sólo de negligencia imputable al deudor, esti-

mamos que elementales razones de justicia, y los propios principios del enriquecimiento indebido, exigirían al acreedor restituir el valor de la prestación.

Por otra parte, en caso de que el deudor, luego de notificado para no hacerlo, pagara al acreedor, y éste no pudiera restituir la prestación, por tratarse, por ejemplo, de un bien que ha perecido en manos del acreedor, no podría cumplir con dicha prestación frente al tercero. Jurídicamente se trataría de un caso equivalente al de pérdida de la prestación, por dolo o por culpa del deudor. Entonces el deudor quedaría ante el tercero obligado al pago de una indemnización de daños y perjuicios, prevaleciendo, sin embargo, su derecho para exigir a quien pagó mal la restitución del valor de la prestación.

## 11. PRUEBA DEL PAGO

En materia de prueba, es principio del Derecho que quien alega un hecho debe probarlo. En sede de pago, este principio se encuentra recogido en el artículo 1229 del Código Civil:

> *Artículo 1229.- «La prueba del pago incumbe a quien pretende haberlo efectuado».*

En general, podemos afirmar que quien ejecuta una prestación podrá probar el pago de dos maneras:

(a) Por el recibo que le otorgue el acreedor de la obligación.

(b) Por las formas previstas en la ley procesal (Código Procesal Civil) para probar en juicio.

El deudor que paga una prestación, podrá demostrarlo por cualquiera de las dos formas señaladas. Pero, evidentemente, cuando alguien pague deberá asegurarse de tener luego los medios probatorios para acreditarlo. De lo contrario sería un deudor cumplido, pero negligente, ya que la ausencia de pruebas no le permitiría acreditar nada y podría estar frente a un acreedor mal intencionado que le exigiera judicialmente una nueva ejecución de la prestación ya pagada, situación que podría traer como resultado la derrota judicial del deudor y, por consiguiente, su obligación de volver a pagar, a pesar de haberlo hecho anteriormente.

Debemos reiterar que la carga de la prueba se impone al deudor porque éste tiene siempre el derecho de exigir recibo por el pago.

Prueba es pues el medio del que nos servimos para acreditar la verdad de un hecho. Aquí, como lo hemos señalado, la palabra «prueba» puede tener dos acepciones.

La primera, directa, la que inmediatamente se refiere al hecho para cuya demostración se utiliza. En este caso la prueba está constituida por el recibo. Éste, cuando es válido, constituye prueba plena del pago, salvo que las circunstancias, según lo prescribe el artículo 1226 del Código Civil, se opongan a admitir esa presunción.

La segunda acepción es la que podemos determinar como refiriéndose a las pruebas indirectas, es decir, como aquellas que recaen sobre el hecho del que se deduce el principal, y que constituyen indicios, presunciones o formas de demostración más o menos contundentes y más o menos rebatibles por otras pruebas, según el carácter de las presunciones, la inmediación de los indicios o la naturaleza de las demostraciones. Esto quiere decir que no tan sólo con el recibo se acredita el pago. Éste puede probarse por cualquiera de las formas previstas por la ley.

Aquí debemos aclarar, sin embargo, que en otros casos la prueba del pago no exige la presentación del recibo, ni la necesidad de acreditar presunciones, indicios o demostraciones. Por ejemplo, si el deudor ha recibido en devolución el instrumento en que conste la deuda (devolución, por ejemplo, de una letra, cheque, vale o pagaré), ya no tendrá necesidad de que se le otorgue recibo alguno.

Y si trasladamos estos principios a otras formas de extinción de las obligaciones, por ejemplo a la condonación, debemos recordar que, conforme al artículo 1297 del Código Civil, la deuda queda condonada, esto es, extinguida, cuando el acreedor entrega al deudor el documento original en que consta aquélla, salvo que el deudor pruebe que la ha pagado. Y, por su parte, el artículo 1298 determina que la prenda en poder del deudor hace presumir su devolución voluntaria, salvo prueba en contrario.

En conclusión, siendo el pago en algunos casos un acto jurídico y en otros un hecho jurídico, puede, en suma, ser acreditado por cualquier medio probatorio.

Pero, nos preguntamos, ¿siempre corresponde al deudor la prueba del pago? La respuesta negativa se impone. Por ello es que el precepto recogido por el artículo 1229 tiene carácter general, pero admite excepciones.

Si se trata de obligaciones de no hacer, esto es, de obligaciones de abstención o negativas, parece lógico que generalmente corresponde al acreedor demostrar la inejecución de la obligación. Existen casos, sin duda, en que no es posible para el deudor acreditar «que no hizo», y en ellos competería al acreedor probar la inejecución de la obligación.

Este mismo principio sería aplicable si el pago lo hace un tercero. Aquí sería el tercero quien debe exigir recibo al acreedor, y quien tendría que demostrar, para repetir o subrogarse contra el deudor, que realizó el pago. Se exceptúa, desde luego, el caso en que el deudor alegue ante el acreedor el pago por un tercero, con quien, por ejemplo, tiene un acuerdo. En esta hipótesis podría exigirse al propio deudor probar el pago.

Las situaciones expuestas, sin embargo, son excepcionales. Ellas no derogan la regla general consignada por el artículo 1229 del Código Civil. El precepto se aplicará, pues, en la generalidad de los casos, debiendo analizarse, para las excepciones, todas las circunstancias.

Pensamos, en fin, que el deudor que ostenta un recibo, goza de la presunción de que pagó la prestación debida. En caso contrario, corresponderá al acreedor demostrar que, no obstante haber emitido recibo, la prestación se cumplió de manera defectuosa o, simplemente, no se cumplió.

## 12. RETENCIÓN DEL PAGO

Siendo el recibo el medio más idóneo que tiene el deudor para acreditar el pago, el Código Civil Peruano le concede, mediante el artículo 1230, la facultad para retener dicho pago mientras no le sea otorgado el recibo correspondiente:

> Artículo 1230.- *«El deudor puede retener el pago mientras no le sea otorgado el recibo correspondiente.*
>
> *Tratándose de deudas cuyo recibo sea la devolución del título, perdido éste, quien se encuentre en aptitud de verificar el pago puede retenerlo y exigir del acreedor la declaración judicial que inutilice el título extraviado».*

Al deudor, sin embargo, podría no convenirle retener el pago y, en tal caso, tendría el derecho de consignar. También podría retener el pago, pero constituir en mora a su acreedor.

Respecto al régimen legal peruano, debemos efectuar la distinción de dos supuestos:

(a) Obligaciones cuya ejecución se agote en un solo momento.

Por ejemplo, si se tratase de la obligación de entregar un vehículo determinado, sin lugar a dudas el deudor podrá retener su prestación, es decir, no cumplirla, mientras el acreedor no le entregue el recibo correspondiente.

(b) Obligaciones cuya ejecución no se agote en un solo momento, sino que se prolongue en varios momentos periódicos o continuos.

Sería el caso de una obligación de hacer un cuadro, por ejemplo. El deudor tendrá que pintar el cuadro (más allá de si su acreedor le entrega o no el recibo correspondiente), puesto que el recibo sólo se lo podrá exigir una vez terminado y entregado el cuadro (no antes). En tal sentido, dicho deudor deberá ejecutar íntegramente la obra, y sólo en la fase de conclusión de la prestación (en la entrega del cuadro) podría oponerse a terminar dicha ejecución.

En este segundo supuesto, a diferencia del primero, el deudor tendrá que ejecutar casi íntegramente la prestación (pues sólo faltaría la entrega del cuadro).

Podríamos ilustrar este segundo supuesto, con otro ejemplo, como sería aquél de las obligaciones de tracto sucesivo (la entrega mensual de trigo, el pagar mensualmente una renta, etc.).

Conviene aquí advertir que son aplicables, a este precepto, los comentarios que antes enunciamos sobre la prueba del pago. Ello, porque el recibo constituye prueba del pago, como regla general, con las excepciones que eventualmente puedan presentarse.

La otra hipótesis prevista por el precepto está consignada en el parágrafo segundo del artículo 1230 del Código nacional. Ella se refiere al caso de deudas cuyo cumplimiento conste de un título-valor, otorgado por el deudor en favor del acreedor. En estas situaciones el recibo puede estar constituido por la devolución del título-valor, el mismo que podría haberse extraviado.

Para estas hipótesis, la ley otorga al deudor el derecho de retener el pago y exigir del acreedor la declaración judicial que inutilice el título extraviado, pues en caso contrario, sobre todo si se trata de valores

al portador, el deudor podría verse confrontado con la necesidad de pagar dos veces. Y, aunque se trate de títulos nominativos, la firma del acreedor podría ser fraguada y el documento transferido, por endoso, a terceros de buena fe.

La regla del Código Civil reviste pues una lógica rotunda.

Debemos aclarar, antes de concluir, que el precepto, al utilizar la palabra «título», no se refiere a los títulos en general en que constan obligaciones (es decir, que la palabra «título» no se emplea como sinónimo de «documento»), sino tan sólo a los títulos-valores.

En los demás casos el documento no constituye «título» cuyo recibo sea su devolución. El documento sólo acredita la existencia de una obligación civil que se paga a cambio de un recibo.

## 13. PRESUNCIÓN DE PAGO TOTAL

El artículo 1231 del Código Civil Peruano hace referencia al pago de obligaciones cuyas prestaciones sean de ejecución periódica, así como en la modalidad continuada o continua:

> Artículo 1231.- *«Cuando el pago debe efectuarse en cuotas periódicas, el recibo de alguna o de la última, en su caso, hace presumir el pago de las anteriores, salvo prueba en contrario».*

Para ilustrar nuestra opinión vamos a utilizar un ejemplo. Se celebra un contrato de arrendamiento, en el cual una de las partes (el arrendador), se obliga a ceder el uso de un bien por un tiempo determinado; y la otra, el arrendatario, se obliga a pagar mensualmente una renta en dinero. La obligación del arrendador sería de ejecución continuada, mientras que la del arrendatario sería de ejecución periódica. En un contrato de estas características, el arrendatario deberá pagar cada mes una cantidad de dinero por concepto de renta, pago que debe estar seguido de la entrega, por el arrendador al arrendatario, de un recibo que acredite la ejecución de su prestación.

Similar situación ocurre en otros contratos de ejecución periódica o continuada, como son los casos de los contratos de suministro de agua o energía eléctrica o el de servicio telefónico, en los cuales el beneficiario del suministro o usuario del servicio deberá pagar a la compañía suministrante una suma mensual, equivalente al monto a que ascienda su consumo por dicho período.

Como por lo general los contratos de ejecución periódica o continuada se prolongan por un lapso considerable, será difícil e improbable que el deudor guarde en custodia todos los recibos que acrediten el pago de las mensualidades correspondientes, fundamentalmente por razones de orden práctico, ya que constituiría una verdadera carga conservar tantos documentos. En tal sentido, la ley otorga al deudor la posibilidad de comprobar sí está al día en el pago de dichas cuotas periódicas, si acredita el pago de la última. De no ser la última, bastará exhibir el recibo de alguna, para presumir el pago de las anteriores. El precepto admite, por cierto, prueba en contrario. Se trata, en consecuencia, de una presunción *iuris tantum* y no *iuris et de iure*.

Debemos agregar que, por lo general, en un contrato de prestaciones periódicas o continuadas, la parte que otorga el recibo por el pago (el acreedor), si existiesen deudas anteriores, procederá a acumular los recibos impagos. Sin embargo, cabe señalar que en algunos casos el acreedor no entregará recibo si es que se intenta pagar una cuota posterior a aquellas que se encuentran impagas. En estos supuestos, el acreedor procederá a acumular el monto de las deudas anteriores en el último recibo sobre el cual exigirá el pago. Es el caso, frecuente, de las boletas de pago de derechos académicos de la generalidad de Universidades particulares en el Perú. Si el estudiante no ha pagado alguna boleta, la siguiente acumulará el monto de la anterior, y si esta última tampoco es pagada, se procederá de igual modo con las siguientes, hasta que el alumno pague la totalidad de sus deudas con la Universidad.

Naturalmente, podrá ocurrir lo contrario; es decir, que el acreedor otorgue recibo cuando aún debiese el deudor cuotas anteriores. En este caso, podrán darse dos posibilidades:

(a) Que al otorgar el recibo cancelado, el acreedor formule la correspondiente reserva, caso en el cual el pago de la última cuota no probará el pago de las anteriores.

(b) Que al otorgar el recibo cancelado no formule ninguna reserva, caso en el cual el pago de la última cuota presumirá el pago de las anteriores, a menos que el acreedor pueda probar que no se ha producido dicho pago.

En este último supuesto al acreedor le será casi imposible demostrar la omisión del deudor. Ésta sería, prácticamente, una «prueba diabólica».

## 14. PRESUNCIÓN DE PAGO DE INTERESES

En virtud de lo dispuesto por el artículo 1257 del Código Civil Peruano, quien deba capital, gastos e intereses, no puede, sin el asentimiento del acreedor, aplicar el pago al capital antes que a los gastos, ni a éstos antes que a los intereses.

En otras palabras, el artículo que acaba de ser citado establece un orden prelatorio en el pago de la deuda:

(a) Intereses.

(b) Gastos.

(c) Capital.

Naturalmente que el precepto admite pacto en contrario y éste sólo regirá a falta de dicha estipulación.

El artículo 1232, por su parte, dispone que el recibo de pago del capital otorgado sin reserva de intereses, hace presumir el pago de éstos, salvo prueba en contrario:

> Artículo 1232.- *«El recibo de pago del capital otorgado sin reserva de intereses, hace presumir el pago de éstos, salvo prueba en contrario».*

Esta norma se diferencia del artículo 1257 del propio Código, en que aquí sí se ha establecido en el recibo que el pago corresponde al capital, razón por la cual no será de aplicación el supuesto de imputación del pago consignado por dicho precepto (pues ya se está efectuando la imputación). Si se otorga recibo de pago del capital, sin expresar reserva en el sentido de que aún se deben los correspondientes intereses, se presumirá que éstos ya han sido pagados.

Concordando los artículos 1232 y 1257, puede llegarse a la conclusión de que, si se otorga recibo por concepto de pago del capital sin reserva alguna, también deberá presumirse efectuado el pago de los gastos de la obligación (además de los intereses).

En virtud de lo previsto por la última parte del artículo 1232, esta situación admitirá prueba en contrario, pues se trata de una presunción *iuris tantum*, la que, reiteramos, será sumamente difícil de demostrar.

## 15. PAGO CON TÍTULOS VALORES

Partiendo de la premisa de que los títulos valores se hallan destinados a la circulación, resulta claro que ellos se encuentran sujetos a ciertas reglas básicas conocidas como principios cambiarios.

Debemos destacar, en este extremo, que los derechos que incorporan los títulos valores son únicamente de orden patrimonial, es decir, de contenido económico, pudiendo consistir en el pago de una suma de dinero, en la entrega de mercadería o en derechos de participación.

En adelante nos ocuparemos de los títulos que incorporan derechos que consisten en el pago de una suma de dinero, esto es, de los títulos que incorporan derechos de crédito.

Ante la entrega de un título valor podemos distinguir dos obligaciones distintas que son independientes y autónomas la una de la otra. Por un lado, la obligación causal y, por el otro, la obligación cambiaria. La primera tiene su origen en la relación causal de la que se deriva la entrega del título valor, mientras la segunda deriva del título valor mismo.

Queda claro, entonces, que no obstante que el título valor que representa una orden o promesa de pago supone el nacimiento de una obligación cambiaria, paralela a la causal, y pese a que incluso puede existir identidad entre los sujetos que intervienen, no deben confundirse ambas obligaciones.

Lo expuesto, sin embargo, no debe llevarnos a la errada conclusión de que el deudor se encuentra obligado a pagar la obligación causal y la cambiaria de manera conjunta, como quedará aclarado en el desarrollo de nuestro análisis.

Lo cierto es que la entrega de un título valor que constituye orden o promesa de pago, puede tener dos efectos diferentes, los mismos que dependen, en exclusiva, del acuerdo de voluntades de las partes.

Así, la entrega de un título valor puede suponer sólo el reconocimiento y aceptación de pagar la obligación contenida en él, sin extinguir

la obligación causal que dio origen a su entrega. Igualmente, puede darse el caso de que, ante el acuerdo de novación o dación en pago entre las partes, la entrega del título valor dé por cancelada la obligación causal, subsistiendo únicamente la obligación contenida en el título, esto es, la obligación cambiaria.

El tema del pago con títulos valores se encuentra regulado en el artículo 1233 del Código Civil, precepto que establece:

> Artículo 1233.- «*La entrega de títulos valores que constituyen órdenes o promesas de pago, sólo extinguirá la obligación primitiva cuando hubiesen sido pagados o cuando por culpa del acreedor se hubiesen perjudicado, salvo pacto en contrario.*
>
> *Entre tanto la acción derivada de la obligación primitiva quedará en suspenso*».

Esta norma es aplicable a los títulos valores que constituyen órdenes o promesas de pago, tales como el pagaré, la letra de cambio y el cheque.

Resaltamos que el precepto vigente, al igual que su antecesor, consignado en el Código Civil de 1936, no ha otorgado solución a importantes cuestiones:

- No define el término «perjudicado», el cual posee gran importancia pues los efectos jurídicos a los que se refiere la norma dependen del perjuicio del título o de su pago.

- Tampoco expresa si la regla se aplica a toda clase de títulos valores que constituyan orden o promesa de pago o únicamente a aquéllos que debían ser pagados por terceras personas, por cuenta del deudor.

- No se esclarece qué consecuencias produce la entrega o endoso a terceros, por parte del acreedor, de los títulos recibidos del deudor.

- El texto legal, por último, no señala las consecuencias jurídicas que se producen cuando el acreedor, tenedor de los documentos que recibe del deudor, los endosa, transfiere o entrega en garantía a terceras personas.

En primer lugar, debemos entonces delimitar el contenido del término «perjudicado».

La palabra «perjudicado» la empleaba el Código Civil de 1936 en el artículo 1248, en el que, como lo hace el precepto vigente, desem-

peñaba un papel de singular importancia, pues de ese hecho, o de la realización o pago de los documentos, dependía que se produjeran los efectos jurídicos a que él aludía. Asimismo, aunque la palabra «perjudicado» no era utilizada por el Código de Comercio o por el Código de Procedimientos Civiles de 1912, sus alcances y significado se encuentran en los cuerpos legislativos españoles y peruanos del siglo XIX. Dicha palabra, en suma, tiene su origen en la propia legislación española y es privativa del Derecho de cambio.

De acuerdo con el artículo 95.1 de la Ley de Títulos Valores, para el ejercicio de las acciones cambiarias se requiere cumplir con dos requisitos esenciales, como son el protestar oportunamente el título valor o, de ser el caso, con la formalidad sustitutoria; y ejercitar la acción cambiaria dentro del plazo de ley. De lo contrario, el título valor se vería perjudicado, y la interposición de cualquier acción cambiaria resultaría improcedente.

A partir de una lectura de nuestra legislación desde la perspectiva de la doctrina comentada, y tomando en cuenta el criterio adoptado por la jurisprudencia nacional, llegamos a la conclusión de que el concepto de título valor perjudicado deriva de las consecuencias que acarrea la falta del protesto oportuno de un título valor, o del no ejercicio de las acciones correspondientes dentro del plazo de ley.

Siguiendo lo dispuesto por el artículo 1233 del Código Civil, resulta claro que la falta de protesto de un título valor o el no ejercicio de las acciones cambiarias derivadas de éste, antes de configurarse los plazos de prescripción, no sólo extinguiría la obligación cambiaria derivada del título valor, sino también la obligación causal que dio origen a su emisión o transferencia, salvo que el poseedor del título hubiese actuado diligentemente y, no obstante ello, no le hubiese sido posible protestar el título o ejercer las acciones cambiarias de manera oportuna.

La extinción de la obligación cambiaria y de la obligación causal original opera, por consiguiente, cuando el título valor se perjudicó por culpa del acreedor.

Se hace necesario precisar entonces, en primer término, que «culpa» es la omisión de aquella diligencia que exige la naturaleza de la obligación y que corresponde a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. La culpa supone una conducta negligente del

acreedor. Y los perjuicios resultantes de tal conducta negligente le son atribuibles.

Así, sería culpable el acreedor que omitió, por negligencia, el protesto del documento, o que, también por negligencia, dejó caducar la acción por derecho de cambio.

No habría negligencia —por el contrario— cuando el acreedor remite el efecto de cambio a un Notario, para el protesto, y éste omite algunas de las formalidades previstas por los artículos 74 y 75 de la Ley de Títulos Valores. Aquí no habría culpa del acreedor; la culpa sería del Notario.

Debe entenderse, por otra parte, que los documentos se perjudican si no son protestados contra todos los obligados por derecho de cambio, o si no se ejercitan dentro del término señalado por la ley todas las acciones por derecho de cambio que de ellos se deriven.

Tratándose de letras de cambio, por ejemplo, si el protesto por falta de aceptación se dirige contra el girado —que se encuentra libre de cualquier responsabilidad cambiaria al no aceptar la letra de cambio— y no contra el librador, entonces se habrá perjudicado, pues es este último quien tiene la calidad de obligado principal del título valor ante la falta de aceptación del girado.

En cualquier caso en que se perjudiquen los documentos, aunque sea parcialmente, y siempre que hubiera culpa del acreedor, se producirán los efectos jurídicos del pago de la obligación primitiva.

En esos casos, no podrá pretender el acreedor que quede sin efecto el pago de la obligación primitiva por el reconocimiento, en vía de prueba anticipada, de los documentos perjudicados.

Y bien, cuando la obligación primitiva ha sido garantizada por fianza, garantía mobiliaria, prenda o hipoteca, y el deudor entrega o endosa a la orden de su acreedor documentos de cambio, y éstos se perjudican por culpa del acreedor, entonces se produce el pago de la obligación primitiva y se extinguen todas las garantías personales o reales que se constituyeron para asegurar el cumplimiento de esta obligación.

En ese caso el acreedor, tenedor de documentos perjudicados, sólo podrá ejercitar acción por derecho común contra el deudor para el pago de los documentos perjudicados. Pero no podrá hacer efectivas

las garantías que se constituyeron para asegurar la obligación primitiva, porque ellas se habrían extinguido.

Por otro lado, es preciso solucionar el segundo problema jurídico que surge de la interpretación del artículo 1233 del Código Civil Peruano de 1984, esto es, el de determinar si dicho precepto se refiere a toda clase de efectos de cambio o sólo a aquellos que debe pagar un tercero por cuenta del deudor.

Si bien la legislación peruana no distingue entre estas dos hipótesis, no percibimos ningún argumento valedero para excluir la norma legal del supuesto en que el pago de los efectos de cambio deba ser hecho por el propio deudor. Es el caso, frecuentísimo, del precio en un contrato de compraventa que está representado por letras de cambio aceptadas por el comprador, o por cheques girados por el comprador a la orden del vendedor. Aquí no podría admitirse que con la entrega de tales documentos opera novación y que el vendedor ve extinguida la acción derivada de la falta de pago del precio pactado, para conformarse con la acción derivada de los efectos de cambio que recibió y que no fueron abonados a su vencimiento.

No podemos distinguir donde la ley no distingue. Y, por tanto, consideramos que el artículo 1233 del Código Civil de 1984 se refiere tanto a los documentos que debe pagar un tercero por cuenta del deudor como a los documentos que debe pagar el propio deudor.

En este punto debemos resaltar que si bien, como hemos observado, la sanción para el acreedor negligente es severa cuando los documentos los acepta, gira o suscribe el deudor, sin intervención de terceras personas, o sea cuando la relación cambiaria se circunscribe al deudor y al acreedor; la sanción es aun más rigurosa cuando se trata de documentos al portador o a la orden, aceptados, girados o suscritos por terceras personas y endosados por el deudor a favor del acreedor. En ambos casos, si los documentos se perjudican por culpa del acreedor, se entenderá efectuado el pago de la obligación primitiva.

Pero en el último caso el acreedor, además, habría perdido la acción cambiaria, tanto en la vía directa, contra el aceptante y los avalistas, como en la vía de regreso, contra el librador y los endosantes. Y como el deudor sería endosante de los documentos y, por tanto, sólo obligado por derecho de cambio, quedaría totalmente liberado.

El acreedor únicamente podría ejercitar acción por derecho común contra el tercero, quien aceptó, giró o suscribió los documentos perjudicados.

Aquí juzgamos conveniente recordar que de acuerdo con el texto de la Ley de Títulos Valores, en los casos en que la acción cambiaria no resulta procedente, el tenedor puede optar por ejercer las acciones extracambiarias, denominadas así ya que no surgen directamente del título valor sino de las relaciones subyacentes de éste. De esta forma, el tenedor puede optar por la acción causal y, en defecto de ésta, por la acción de enriquecimiento sin causa.

Es importante señalar, además, que el tenedor puede ejercer la acción causal alternativamente a la acción cambiaria, incluso cuando esta última resulte procedente. La acción de enriquecimiento sin causa, en cambio, sólo puede ejercerse si el tenedor ha perdido la acción cambiaria contra todos los obligados y, además, se encuentra impedido de ejercer las acciones causales contra ellos porque no tuvo ni tiene relaciones jurídicas de esa naturaleza para ampararse.

Ahora bien, si los documentos se pagan, se extinguen simultáneamente las dos obligaciones: la obligación primitiva, esto es, aquélla cuya acción quedó entre tanto en suspenso, y la obligación nueva, aquélla que surgió de los efectos de cambio. El pago tendría la virtualidad jurídica de extinguir dos obligaciones representativas de una misma prestación.

Ello no significa una dación en pago o una novación. Se trata de un simple pago.

La situación es más compleja cuando los documentos se perjudican. Aquí sí se produce novación.

Percibimos, sin embargo, que la novación no opera entre la obligación primitiva, aquélla cuya acción quedó entre tanto en suspenso, y la nueva obligación, aquélla que se creó al entregarse los efectos de cambio, pues la novación supone la extinción de una obligación para dar nacimiento a otra nueva. En la novación, la primera obligación se extingue para crear otra que la reemplaza. En este caso coexisten dos obligaciones. La primitiva, cuya acción quedó entre tanto en suspenso. Y la nueva, la derivada de los efectos de cambio, cuya acción debe ejercitarse. Esta segunda obligación nació sin que operara la extinción de la primitiva. Y esto no es novación.

La novación sí opera entre la obligación primitiva y la obligación cambiaria que originan los documentos antes de perjudicarse, por una parte, y la nueva obligación que nace de los documentos perjudicados, por la otra. O sea que esta nueva obligación, surgida de los efectos de cambio perjudicados, y que tan sólo concede acción por derecho común, extingue simultáneamente dos obligaciones: la primitiva, es decir, la que nació originalmente, y la nueva, o sea la que nació con la entrega de los efectos de cambio.

Aclaremos, para concluir este aspecto del problema, que en el supuesto estudiado no intervienen como instituciones diferentes la dación en pago y la novación objetiva, pues como estudiaremos luego ambas figuras son muy similares.

Por otra parte, también debemos hacer hincapié en la singular importancia que tiene la norma que analizamos —el artículo 1233 del Código nacional— en el campo del Derecho de los Contratos.

Si los documentos a que alude el artículo 1233 del Código Civil de 1984 se pagan a su vencimiento, no se promueve una situación de interés jurídico. Los efectos de cambio habrían sido realizados, y la obligación, simplemente, se extingue.

Al examinar el pago con títulos valores, tal cual ha sido regulado por nuestro legislador, no podemos dejar de lado un par de acotaciones adicionales, que consideramos de particular relevancia.

Primero, señalar que pensamos que el legislador debió prever la situación jurídica que se suscita cuando los documentos que recibe el acreedor del deudor son entregados por aquél, a su vez, en propiedad o en garantía, a terceras personas.

Debió establecerse para este caso que cualquiera que hubiese sido la suerte de los documentos entregados por el acreedor al tercero, se extinguía la obligación primitiva. Esta afirmación obedece a que estamos convencidos de que si el acreedor introduce en el mercado los documentos que recibe de su deudor, sea entregándolos en propiedad o simplemente en garantía, esa entrega debe producir los efectos jurídicos del pago de la primitiva obligación.

En segundo lugar, debemos resaltar la problemática situación que se presenta en aquellos casos en los que el título valor se perjudica sin

culpa del acreedor. En este supuesto son muy distintas las consecuencias jurídicas que se originan.

Como hemos visto, el artículo 1233 del Código Civil prevé que el pago de la obligación primitiva se genera cuando los documentos se perjudican por culpa del acreedor. No existe «culpa» del acreedor —pues la culpa es una noción esencialmente personal— si entrega los documentos a un tercero y ellos se perjudican en poder de este tercero.

Aplicando en rigor la regla del Código de 1984, en este caso la obligación primitiva no queda extinguida. Y ello conduce a que el deudor, cuando es aceptante, girador o suscriptor del documento, confronte dos acciones judiciales distintas, destinadas a hacerle cumplir dos veces una misma prestación.

Hemos sido cuidadosos en advertir que se trata de una simple confrontación con dos acciones judiciales, sin que esto signifique que el deudor esté obligado a pagar dos veces.

Es el caso del deudor que acepta letras de cambio giradas por el acreedor a su propia orden. El acreedor, a su vez, endosa esas letras de cambio en garantía a una tercera persona. Si las letras de cambio se perjudican en manos de este tercero, por culpa o sin culpa de éste, no se extingue la obligación primitiva, porque no habría existido culpa del acreedor. Y, al no extinguirse la obligación primitiva, el acreedor podría exigir el pago al deudor. A su vez, el tercero, tenedor de los documentos perjudicados, quien los recibió en garantía, podría ejercitar acción por derecho común contra el aceptante, o sea contra el mismo deudor, para el pago de los documentos.

Hemos consignado el caso de la entrega de letras de cambio por el acreedor a un tercero, en garantía, pues si la entrega se verifica en propiedad, el acreedor ya habría recibido su importe del tercero y, por tanto, nada tendría que reclamar del deudor.

Otra situación infortunada para el deudor podría presentarse cuando los documentos deben ser pagados por una tercera persona y el deudor, dueño de tales efectos, los endosa a la orden del acreedor, y éste, a su vez, los endosa a la orden de un tercero. Si los documentos se perjudican en manos de un tercero, el acreedor podría exigir al deudor el pago de la obligación primitiva, porque ésta subsistiría en razón de

que no habría habido culpa del acreedor. El deudor podría verse obligado a efectuar ese pago.

Pero, al haberse perjudicado los documentos, el deudor que los recupera habría perdido la acción por derecho de cambio contra su endosante, los endosantes anteriores y los avalistas, y sólo podría accionar por derecho común contra el aceptante, que bien podría ser insolvente.

Y si es verdad que el deudor tiene acción por daños y perjuicios contra el tercero que permitió que los documentos se perjudicaran, también es cierto que habría perdido la acción por derecho de cambio contra todas las personas que intervinieron en los documentos.

En este último caso el deudor no está confrontado con dos acciones judiciales, pues se ve obligado a pagar la obligación primitiva al acreedor, sin poder recuperar, en algunos casos, ese importe, no obstante haber sido dueño de documentos suscritos por personas solventes pero que sólo estaban obligadas por derecho de cambio.

Se trata, pues, de situaciones jurídicas anómalas, en que la obligación primitiva se extingue no sólo cuando los documentos se perjudican por culpa del acreedor, sino también cuando ellos son entregados o endosados por el acreedor a terceras personas.

Debemos expresar, en conclusión, que el legislador peruano ha incorporado en el artículo 1233 del Código Civil 1984 una norma adecuada a la naturaleza jurídica de los efectos de cambio, que constituyen promesas de pago u órdenes de pago.

El texto legal está destinado a proteger al acreedor diligente, manteniendo en vigencia la obligación primitiva que se pretendió pagar con documentos que no fueron abonados a su vencimiento. Y a proteger al deudor de la negligencia del acreedor, cuando éste, por su culpa, permitió que se perjudicaran los documentos.

Nuestra legislación regula entonces los supuestos de extinción de la obligación causal mediante la entrega de un título valor, reconociendo los efectos *pro solvendo*, como regla general, y *pro soluto*, ante el pacto en contrario de las partes.

Pero, debido a la enorme importancia del precepto y a su constante aplicación en las relaciones contractuales, es necesario buscar soluciones a los problemas que hemos comentado y que pueden presentarse —y

de hecho se presentan — a fin de evitar que se desvirtúen los principios que consagra el artículo 1233 del Código Civil.

Por último, debemos destacar que lo prescrito en el artículo 1233 admite pacto en contrario. Así, sería perfectamente válido y eficaz que el acreedor y el deudor, en ejercicio de su autonomía privada, pacten que la sola entrega de títulos valores que constituyen órdenes o promesas de pago, extinguirá la obligación primitiva.

## 16. NOMINALISMO

El Código Civil de 1984 optó, en su artículo 1234, por mantener el principio nominalista como regla general en el pago de obligaciones dinerarias, al establecer lo siguiente:

> *Artículo 1234.- «El pago de una deuda contraída en moneda nacional no podrá exigirse en moneda distinta, ni en cantidad diferente al monto nominal originalmente pactado».*

Prescribe el citado artículo 1234 dos reglas a seguir en el momento del pago de una deuda dineraria contraída en moneda nacional.

La primera, que la ejecución de la prestación deberá necesariamente efectuarse en moneda nacional; en tanto que la segunda regla consagra el principio nominalista en el cumplimiento de las obligaciones dinerarias.

De este modo, conforme al nominalismo, al momento del pago se tomará en cuenta únicamente el monto nominal de la moneda nacional pactada al tiempo en que se contrajo la obligación.

Es decir, el deudor cumplirá entregando al acreedor una suma de dinero en idéntica cantidad a la que se obligó, independientemente de las fluctuaciones en su poder adquisitivo que la suma de dinero nominalmente pactada pudiera haber sufrido desde el momento en que fue contraída la obligación hasta el tiempo del pago.

Así, de acuerdo al principio nominalista, si «A» se obliga frente a «B» por la suma de 10,000 nuevos soles, al momento en que deba ejecutar su prestación deberá entregar única y exclusivamente esos 10,000 nuevos soles pactados (monto nominal), aunque el valor de los 10,000 nuevos soles (el cual se mide según el poder adquisitivo de éstos), al

momento del pago, sea distinto de aquél que tenía al tiempo en que se contrajo la obligación.

Mucho se ha discutido acerca de las bondades o perjuicios de la asunción de ese principio para el pago de las deudas contraídas en moneda nacional.

Sin embargo, cabe recordar que el sistema nominalista no es el único que ha imperado en diversas latitudes y épocas. Él ha alternado su vigencia con una tesis sustancialmente opuesta, llamada valorismo, según la cual al contraerse una obligación dineraria en moneda nacional será indiferente el monto nominal de dicha obligación, y lo que importará será el valor que representa dicho monto, el cual deberá conservarse intacto hasta el momento en que aquélla sea ejecutada.

En nuestro país, como ha sido dicho, ha regido el principio nominalista desde el Código Civil de 1936. Cabe señalar que durante los años en que el Perú experimentó la más cruel hiperinflación de su historia, es decir entre 1987 y 1990, se debatió ampliamente acerca de la conveniencia de variar dicha tesis, adoptando el valorismo como regla general en el régimen peruano. Sin embargo, esto nunca se tradujo en el campo legislativo.

Distinto camino han seguido países en los cuales también se han producido procesos inflacionarios de magnitud considerable. Por ejemplo, Argentina, nación en la que durante las últimas décadas la legislación ha oscilado entre uno y otro criterio.

Por nuestra parte, debemos reiterar que somos partidarios, en principio, del sistema nominalista, pues es el que tiende a una mayor estabilización de la economía en una sociedad. Creemos que la vigencia y permanencia del principio nominalista en nuestro país, a pesar de la catástrofe de los años 1987 a 1990, demuestra la solidez y bondades del mismo. No olvidemos que si bien el nominalismo es la regla dentro del régimen peruano sobre las obligaciones dinerarias, las partes han tenido y tienen la libertad de establecer excepciones al mismo, especialmente en virtud de lo señalado por el artículo 1235 del Código Civil.

Pensamos que el nominalismo, como principio general, es hoy adecuado a la realidad peruana. Existen sólidos argumentos para sustentar esta tesis.

El primero: el Código Civil de 1984, luego de veinticuatro años de vigencia, y soportando victoriosamente severas depreciaciones de la moneda nacional, en nada ha entorpecido u obstaculizado la contratación. La experiencia práctica demuestra que con la regulación de intereses, aunque ella no constituya la solución óptima, es posible superar los ocasionales escollos que generan bruscas devaluaciones. El precepto, en el que se entremezclan el Derecho y la Economía, fue fruto, al generarse la reforma del Código Civil de 1936, de positivos diálogos entre los autores del proyecto del Código Civil de 1984 y los más distinguidos economistas del Banco Central de Reserva del Perú, entidad que, con autonomía constitucional, es la emisora de la moneda.

Por otra parte, el Perú vive hoy un período de estabilidad económica, que si bien no alcanza resultados de excelencia, origina confianza en la solidez de la moneda nacional. Es verdad que innumerables transacciones comerciales se efectúan en moneda extranjera, singularmente en dólares de los Estados Unidos de América, pero ello obedece a la liberalización de la economía, que permite pactar en dicha moneda; al ingrato recuerdo de descomunales devaluaciones de la moneda nacional; y a la enorme afluencia de dólares en el mercado, fruto de diversos e importantes factores.

Por último, el nominalismo siempre tiene una cláusula de escape. Ella consiste en pactar el valorismo, de acuerdo con la autorización que confiere el artículo 1235 del Código Civil.

## 17. CLÁUSULAS VALORISTAS

Las dificultades e injusticias a las que puede dar lugar la aplicación del nominalismo han determinado que se permitan excepciones a su aplicación. De esta manera, por disposición legal o porque las partes lo decidan, es posible sustraerse de los efectos del nominalismo.

Por pacto entre las partes, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1235, ingresaríamos a las cláusulas valoristas y, por establecerlo así la ley, en virtud de lo previsto por el artículo 1236, ingresaríamos a las llamadas obligaciones de valor.

Expliquemos cada una de estas figuras revisando las normas respectivas:

> *Artículo 1235.- «No obstante lo establecido en el artículo 1234, las partes pueden acordar que el monto de una deuda contraída en moneda nacional sea referido a índices de reajuste automático que fije el Banco Central de Reserva del Perú, a otras monedas o a mercancías, a fin de mantener dicho monto en valor constante.*
>
> *El pago de las deudas a que se refiere el párrafo anterior se efectuará en moneda nacional, en monto equivalente al valor de referencia, al día del vencimiento de la obligación.*
>
> *Si el deudor retardara el pago, el acreedor puede exigir, a su elección, que la deuda sea pagada al valor de referencia al día del vencimiento de la obligación o al día en que se efectúe el pago».*

El artículo 1235 del Código Civil Peruano de 1984 plantea, no obstante el principio nominalista adoptado por el artículo 1234, que las partes contratantes, de común acuerdo, puedan optar por un criterio valorista respecto de obligaciones contraídas en moneda nacional.

Esta situación obedece al impacto que ciertos acontecimientos económicos ostentan sobre el valor de las prestaciones dinerarias. Por ello, nuestra legislación ha previsto un mecanismo contractual que procura paliar los resultados desestabilizadores del equilibrio contractual que ciertos hechos económicos pueden generar.

Así, cuando los efectos de la depreciación monetaria se traducen sobre el valor de las obligaciones de dar sumas de dinero, introduciendo elementos que quebrantan la proporcionalidad y equivalencia en el valor de éstas, el Código Civil otorga a las partes la posibilidad de pactar una cláusula de estabilización, denominada también cláusula valorista, a fin de restablecer el equilibrio entre las prestaciones y la equidad en la relación jurídica.

Cuando el dinero, por su desvalorización, no cumple su función de medida de los valores, surge la necesidad de encontrar un nuevo elemento que permita establecer la equivalencia en las operaciones de cambio.

Una forma de satisfacer tal necesidad, está constituida por las cláusulas valoristas, puesto que éstas emplean patrones de referencia que reemplazan al dinero, en la función que acabamos de mencionar.

Por ello, la procedencia de las cláusulas valoristas resulta de una validez y utilidad indiscutibles.

En relación a las cláusulas estabilizadoras se ha desatado una discusión doctrinaria acerca de su legitimidad. Se ha dicho que tales cláusulas contribuyen a crear una desconfianza en la moneda nacional, que atentan contra el orden público, pues al establecerlas se pone en tela de juicio el poder cancelatorio de la moneda y, finalmente, que contribuyen a acrecentar la inflación.

En principio, la cláusula de valor se puede basar en cualquier índice que las partes estimen pertinente o apropiado.

Sin perjuicio de lo anterior, los patrones comúnmente utilizados por los contratantes, a fin de mantener estable el valor de las prestaciones, son los siguientes:

- Metales nobles;
- Mercaderías;
- Monedas extranjeras;
- Índices de ajuste; y
- Fórmulas matemáticas que intentan corregir los montos adeudados.

La virtud del artículo 1235 del Código Civil Peruano radica en que constituye una cláusula de salida al principio nominalista.

Es cierto que en el Perú de hoy carece de significación la pugnaz diferencia entre el nominalismo y el valorismo. La política económica permite toda clase de pactos en monedas extranjeras o mercancías. Carecería pues de sentido, teniendo a la mano, por ejemplo, dólares estadounidenses o euros, no estipular directamente en estas monedas, que sin dificultad alguna pueden constituirse en la prestación *in obligatione*, para apelar a moneda nacional como objeto de la obligación y establecer de modo referencial, para el tiempo del pago, esas monedas extranjeras.

Pero no debemos olvidar dos realidades.

Primera, que en las décadas anteriores a la de los noventa del siglo XX, el Perú fue un país tradicionalmente restrictivo para la contratación en moneda extranjera, y que ello determinaba, ante la obligatoriedad de pactar en moneda nacional, que el acreedor ocasionalmente deseara protegerse con la estipulación valorista.

Y luego, que ante el relativo criterio de permanencia que debe presidir la vigencia de un Código Civil, la conducción económica es

mucho más fluctuante y nada hace predecir que una economía —hoy liberalizada— continúe con los mismos patrones de conducta durante todo el plazo de vigencia del cuerpo civil.

Además, la filosofía que inspiró a los autores del Código fue que la generalidad de las transacciones comerciales a plazo se realicen en moneda nacional. Pero que en casos excepcionales —por ejemplo, en la venta de un bien inmueble a pagarse en cinco años— pudiera pactarse el valorismo, ya que de lo contrario el envilecimiento de la moneda nacional durante ese lapso, y la correlativa revaluación del inmueble, generarían serios deterioros en un equilibrio contractual que las partes, sin duda, deseaban que prevaleciera.

Finalmente, debemos precisar que el Banco Central de Reserva del Perú, viene publicando circulares sobre los índices de reajuste de deudas desde el mes de julio de 1981, habiendo adoptado ese mecanismo en virtud de lo dispuesto por el artículo primero del Decreto Supremo n.° 136-81-EF, publicado el 3 de julio de 1981.

En todo caso, lo que hay que subrayar es que a través del artículo 1235 del Código Civil Peruano de 1984, se ha establecido la posibilidad contractual de un ajuste o corrección en el valor de las deudas dinerarias, denominadas también deudas pecuniarias o monetarias.

Esta permisión expresa halla su razón de ser, no sólo en la fundamentación económica que el sistema de ajuste de deudas encuentra en su aplicabilidad sobre el sector financiero, sino también en elementales principios de equidad.

Así, a fin de restablecer el equilibrio en el valor de las prestaciones contractuales, el sistema propuesto, mediante la inclusión contractual de una cláusula valorista o de estabilización, pretende mantener en un valor constante el monto de una deuda contraída, toda vez que dicho monto puede verse afectado frente a la pérdida del poder adquisitivo del capital entregado, durante el período comprendido entre el día en que se contrajo la obligación y la fecha de pago.

De este modo, el deudor se verá obligado a entregar a su acreedor el valor real de la cantidad originalmente pactada.

Bastará, entonces, que las partes cuenten con el índice correspondiente a la fecha en que se debió pagar y el índice del día en que se hace efectivo el pago. En su caso deberán procurarse además con tasas

efectivas de interés aplicables a las deudas sujetas al sistema de reajuste de capital desde el día del vencimiento de la obligación, dependiendo evidentemente del número de días de atraso de aquélla.

Ahora bien, lógicamente y como la realidad nos enseña, podría ocurrir que el deudor no cumpla con efectuar el pago de su obligación dineraria el día en que debió hacerlo. En tal caso, el tercer párrafo del artículo 1235 otorga al acreedor de dicha prestación una opción en la ejecución de la deuda entre:

(a) Que la deuda sea pagada al valor de referencia al día del vencimiento de la obligación.

(b) Que la deuda sea pagada al valor de referencia al día en que se efectúe el pago.

Si el día del vencimiento de la obligación el monto a pagar en moneda nacional resultase menor que aquel que se debería abonar el día en que el deudor decida hacerlo, el acreedor optará, sin duda, por la segunda posibilidad. Si ocurriese el supuesto contrario, el acreedor no vacilará en escoger la primera de ellas.

La razón de esta norma estriba en proteger los intereses del acreedor frente a un deudor que incumple su obligación; evitando, además, una posible especulación del deudor en su beneficio y en perjuicio directo de los intereses del acreedor.

## 18. OBLIGACIONES DE VALOR

Si bien el artículo 1235 regula el tema de las cláusulas valoristas, no es el único en el que nuestro Código Civil contempla la aplicación del valorismo, pues también otorga tratamiento a las deudas u obligaciones de valor, tema que se encuentra recogido en el artículo 1236.

El texto del artículo 1236 del Código nacional —norma que trata acerca de las obligaciones de valor— es el siguiente:

> *Artículo 1236.- «Cuando deba restituirse el valor de una prestación, aquél se calcula al que tenga al día del pago, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario».*

En el artículo 1236 (norma que fue modificada en abril de 1993 y que retornó a su texto original en abril de 1996) se regulan los casos

en los cuales las obligaciones por su naturaleza —y no por pacto entre las partes—, son no de dar una suma de dinero, sino de entregar o de dar un valor.

El artículo 1236 establece, asimismo, el principio valorista para las deudas que por su naturaleza son de valor.

Con el objeto de entender en qué consisten las obligaciones de valor, es necesario hacer referencia a un tema que desarrollaremos más adelante, esto es, al pago indebido.

Vamos a suponer que hace cuatro años una persona entregó a otra en propiedad, indebidamente y por error, pues en realidad no estaba obligada a hacerlo, un automóvil marca Toyota Corolla nuevo, del año, cero kms.

En vista de que se trató de un pago indebido, siguiendo lo prescrito en nuestro ordenamiento jurídico, la persona que lo recibió tendría que restituir el bien recibido a aquél que lo entregó, y si no se pudiera, su valor.

En este caso lo que hay que restituir es el valor, no el bien. Ello es así, porque el bien, obviamente, se deprecia muy rápido. Si lo que se hubiera entregado fuera una casa, se debería devolver la casa, por tratarse de un bien cuyo valor no disminuye rápidamente; en cambio, un automóvil sí disminuye enormemente de valor en cuatro años, especialmente si consideramos que al ser entregado era nuevo. Si la devolución del vehículo se hubiese producido, por ejemplo, el mismo día en que se entregó indebidamente, sí se hubiera tenido que devolver el propio bien y no su valor.

Quien recibió indebidamente ese automóvil tendría que devolver el valor de un Toyota Corolla idéntico al entregado, pues ese valor sería el equivalente al que recibió. Si el Toyota Corolla cero kms., nuevo, a la fecha en que se va a devolver, vale 15,000 dólares americanos, son 15,000 dólares americanos los que se tendrían que entregar.

Si ya no existiera el modelo Toyota Corolla, se tendría que indagar acerca de un automóvil de valor equivalente a la fecha en que nació la obligación.

De tratarse de un bien irreemplazable, como por ejemplo el cuadro de un pintor famoso que se pierde, lo más apropiado sería realizar una tasación del valor que tenía antes de perderse.

De este modo, podemos afirmar que cuando se trata de una obligación de valor, no se tiene que entregar una cantidad de dinero específica; se tiene que entregar una cantidad de dinero determinable que está en función de lo que hubiera valido ese bien el día en que se realice la entrega.

El artículo 1236 del Código Civil no constituye una excepción al principio nominalista en las obligaciones dinerarias, sino que versa sobre un supuesto distinto que no trata sobre las deudas de dinero, sino sobre las deudas de valor.

En efecto, el objetivo del artículo 1236 del Código Peruano radica, fundamentalmente, en la necesidad de que el acreedor que ve incumplida la obligación por el deudor y que le exige la restitución de una prestación o su valor, reciba en valor constante dicha prestación o su valor. En caso contrario, en países como los nuestros en que la devaluación de la moneda nacional, en menor o en mayor grado, ha sido frecuente, surgiría un indebido aprovechamiento por el deudor, quien se vería compensado con pagos diminutos.

Entonces, en el caso de las obligaciones de valor contempladas en el artículo 1236 del Código Civil, es la misma naturaleza de la obligación que, por lo general, está recogida en la propia ley, la que ordena pagar un valor y no una cantidad de dinero predeterminada.

Así las cosas, las obligaciones en donde se aplique el valorismo pueden provenir de cláusulas pactadas por las partes, o de la naturaleza de la obligación o de la propia ley, como es el caso de las obligaciones de valor del artículo 1236 del Código Civil.

Para concluir este tema, señalamos que tanto las deudas que siguen la teoría valorista como las que siguen la tesis nominalista, permiten el reajuste con intereses. No obstante, tal reajuste no es un tema propio ni del nominalismo, ni del valorismo. Los intereses constituyen, así, una materia distinta que estudiaremos más adelante.

## 19. DEUDA CONTRAÍDA EN MONEDA EXTRANJERA

El principio general planteado por el artículo 1237 del Código Civil Peruano de 1984, está contenido en su primer párrafo, y consiste en que pueden concertarse obligaciones en monedas extranjeras no prohibidas por leyes especiales.

El texto del referido numeral es el siguiente:

> *Artículo 1237.- «Pueden concertarse obligaciones en moneda extranjera no prohibidas por leyes especiales.*
>
> *Salvo pacto en contrario, el pago de una deuda en moneda extranjera puede hacerse en moneda nacional al tipo de cambio de venta del día y lugar del vencimiento de la obligación.*
>
> *En el caso a que se refiere el párrafo anterior, si no hubiera mediado pacto en contrario en lo referido a la moneda de pago y el deudor retardara el pago, el acreedor puede exigir, a su elección, que el pago en moneda nacional se haga al tipo de cambio de venta en la fecha de vencimiento de la obligación, o al que rija el día del pago».*

Así, el Código Civil Peruano contiene un régimen bastante específico en cuanto a las obligaciones contraídas en moneda extranjera.

El artículo 1237 otorga la más absoluta libertad para contratar en cualquier moneda extranjera. Y esto, en realidad, constituye una reacción jurídica y política a todo lo que ocurrió durante el gobierno militar del general Velasco (1968-1975).

En efecto, en el año 1970 se prohibió la tenencia de moneda extranjera por los residentes en el Perú y se establecieron controles muy rígidos y sanciones muy severas para quien transgrediera estas disposiciones.

Quienes tenían moneda extranjera fueron obligados a cambiarla al tipo de cambio oficial en el Banco de la Nación y prohibidos de adquirirla o tenerla. Si alguien deseaba viajar al extranjero, se le dispensaba un máximo de 1,000 dólares americanos por mes, aunque sólo podía hacer uso de ese beneficio hasta por tres meses seguidos. Si alguien viajaba por fines de negocios, podía obtener y poseer hasta 3,000 mil dólares americanos mensuales. En los bancos sólo se vendían dólares a quienes viajaban.

En ese tiempo, incluso se establecían penas privativas de la libertad y, sobre todo, multas que iban hasta diez veces el valor de lo decomisado.

Posteriormente, en el primer gobierno del presidente Alan García (1985-1990), la crisis prosiguió, debido a una serie de restricciones y a todos los controles que se impusieron respecto del tipo de cambio.

La crisis económica que se generó fue enorme.

La Constitución de 1993, como reacción a lo sucedido en nuestro país, consigna una norma particular —el artículo 62— que prescribe la protección de las operaciones y la tenencia de monedas extranjeras.

El artículo 1237 del Código Civil se orienta en ese mismo sentido.

Desde principios de los años noventa del siglo XX, no existen en el Perú restricciones para contraer obligaciones en monedas extranjeras. Rige la más absoluta libertad.

El tratamiento que se brinda al tema en el artículo 1237 es amplio. En principio, la regla general, sobre la cual antes no cabía pacto en contrario, es que cuando se contrae una obligación en moneda extranjera, el deudor podrá pagarla en moneda nacional al tipo de cambio de venta del día de vencimiento de la obligación.

Lo anterior significa que si alguien debe 1,000 dólares americanos, puede pagar a su acreedor los 1,000 dólares en moneda estadounidense o en nuevos soles al tipo de cambio de venta del día del vencimiento de la obligación.

El deudor puede optar, a su libre decisión, por cualquiera de esos dos caminos. La ley sólo otorga la posibilidad de que el deudor decida si va a entregar dólares americanos (prestación principal) o nuevos soles (prestación accesoria).

Como se aprecia, una obligación contraída en moneda extranjera es facultativa, en tanto supone la existencia de una prestación principal, que es la de pagar en moneda extranjera; pero el deudor, y sólo el deudor, podría liberarse del cumplimiento de esa obligación pagando en moneda nacional al tipo de cambio de venta del día del vencimiento de la obligación.

Por el contrario, el acreedor no puede exigir al deudor el pago en moneda nacional, porque el deudor no debe moneda nacional, sino moneda extranjera.

Cabe resaltar que hasta 1992, al menos teóricamente, no se permitía el pacto en contrario. Sin embargo, esa norma era rebasada por la realidad, puesto que, en muchos casos, simplemente no se contrataba con aquel que no aceptase pagar en dólares.

Entonces, reconociendo la realidad, en el año 1992 se modifica el texto del artículo 1237 y se le agrega el «salvo pacto en contrario».

Hoy en día si se pacta en contra de lo dispuesto por la norma general del artículo 1237, el deudor podría no tener frente a sí una obligación facultativa, sino una obligación, en el ejemplo propuesto, de dar dólares y, necesariamente, tendría que pagar en dólares, sin poder pagar en soles a ningún tipo de cambio.

Ésa es una posibilidad y además se pacta usualmente, para evitar los problemas que con frecuencia se presentan respecto a la determinación del tipo de cambio de venta del día del vencimiento de la obligación.

Aunque la regla en esta materia —que se pueda pagar al tipo de cambio— está pensada para situaciones en las que, en efecto, la obligación se cumpla en la fecha prevista, puede ocurrir, y de hecho ocurre, que la obligación se pague con demora.

Podría suceder, en efecto, que el deudor pague su obligación después de un tiempo de que ésta venció. Si se realizara el pago en dólares americanos, en caso de que se debiera 1,000 dólares —además del tema de los intereses moratorios—, serían 1,000 dólares los que se tendrían que pagar.

En cambio, si el deudor decidiera pagar en nuevos soles sí surgiría una interrogante: determinar a qué tipo de cambio debe pagar. ¿Al tipo de cambio que regía el día en que venció la obligación o al tipo de cambio que rige el día en que efectivamente se realiza el pago?

Para solucionar este problema, la norma brinda al acreedor la opción de elegir entre esas dos posibilidades.

Así, en caso de que el deudor decidiera pagar en soles, pero no lo hiciera el día en que vence la obligación, será el acreedor quien tendría la facultad de decidir qué fecha se tomará como referencia para determinar el tipo de cambio.

Lo único que establece la última parte del artículo 1237, es que si el deudor quiere pagar en soles, el acreedor será quien elija si le va a pagar al tipo de cambio del día en que venció la obligación o al tipo de cambio del día en que realmente le está pagando.

Si al deudor no le agrada la elección del acreedor, goza de la posibilidad y del derecho de realizar el pago en dólares, es decir, puede

cumplir la obligación acudiendo con la prestación principal. De ello se sigue que, en definitiva, el deudor siempre tiene la última palabra, pues finalmente será quien decida si cumple con la moneda extranjera pactada o con la moneda que se encuentra en facultad de pago, es decir, con los «nuevos soles». El acreedor nunca podrá obligar al deudor a que le pague en nuevos soles, pero si éste lo hace, debe utilizar el tipo de cambio de venta, de modo que si el acreedor lo desea pueda adquirir la cantidad de dólares que le hubiesen debido entregar.

## 20. LUGAR DE PAGO

El artículo 1238 del Código Civil Peruano de 1984 trata acerca del lugar en donde el deudor debe efectuar el pago. El citado precepto señala lo siguiente:

> *Artículo 1238.- «El pago debe efectuarse en el domicilio del deudor, salvo estipulación en contrario, o que ello resulte de la ley, de la naturaleza de la obligación o de las circunstancias del caso.*
>
> *Designados varios lugares para el pago, el acreedor puede elegir cualquiera de ellos. Esta regla se aplica respecto al deudor, cuando el pago deba efectuarse en el domicilio del acreedor».*

La ley peruana establece como regla que el pago debe efectuarse en el domicilio del deudor, lo que equivale a decir que el acreedor deberá cobrar la deuda en dicho lugar y que no compete al deudor apersonarse en el domicilio de su acreedor para efectuar el pago.

El tema del lugar donde debe efectuarse el pago, cuando la ley alude al domicilio del deudor, suscita reparos.

El artículo 1238 del Código Civil debe leerse e interpretarse conjuntamente con el artículo 1239. Explicamos. Es el cumplimiento de la obligación lo que le otorga a ésta certidumbre. De allí la singular importancia del lugar donde debe efectuarse el pago. Creemos que, para ello, la lectura de los artículos 1238 y 1239 del Código Civil permite adoptar como criterio factores de certeza y flexibilidad.

El pago debe realizarse, en primer lugar, en el domicilio del deudor. Pero, nos preguntamos, ¿se trata del domicilio del deudor al tiempo de contraerse la obligación o al tiempo del pago? Podría llegar a ser arbitrario para el acreedor, por decir lo menos, que el deudor,

por voluntad unilateral, procediera a variar de domicilio y exigiera, al tiempo del pago, que el acreedor haga efectiva su acreencia en su nuevo domicilio, salvo, por cierto, que tal modificación domiciliaria hubiera sido aceptada por el acreedor.

Para llegar a esta conclusión es suficiente analizar el artículo 1239, cuando establece que si el deudor cambia de domicilio, habiendo sido designado éste como lugar para el pago, el acreedor puede exigirlo en el primer domicilio o en el nuevo. Es cierto que el artículo 1239 utiliza la expresión «habiendo sido designado éste como lugar para el pago», esto es que existe pacto en tal sentido. Pero también es verdad que cuando el artículo 1238, en su primera parte, señala que el pago debe efectuarse en el domicilio del deudor, resulta perfectamente lícito aplicar, por analogía, para el caso en que tal deudor cambie de domicilio, que el acreedor pueda exigirlo en el primero o en el nuevo, conforme a lo consignado por el artículo 1239.

No nos parece coherente, por ello, la doctrina francesa predominante de atribuir al deudor el derecho de modificar de domicilio a su arbitrio y pretender que el pago se verifique en el nuevo domicilio, sobre la base de facilitar la liberación y favorecer al deudor. Nada impide, por cierto, que el acreedor cobre en el nuevo domicilio. Pero esto dependerá de su voluntad exclusiva, de su aceptación expresa o tácita al cambio domiciliario para los efectos de pago. En suma, el acreedor podrá exigir el pago en el domicilio que el deudor tuvo al contraer la obligación o, a su discreción, en el nuevo domicilio. Sin embargo, esta afirmación no es absoluta, como veremos al analizar los alcances del artículo 1239 del Código Civil.

Por otra parte, debemos señalar que la ley prevé excepciones a este principio general, en el sentido de que el pago se realiza en el domicilio del deudor.

En primer término, que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, pacten como lugar del pago el que más se adapte a sus intereses. En esta materia prevalece la libertad contractual.

Se trataría del caso en que las partes hubieran designado el lugar donde debe cumplirse la obligación. Tal designación puede efectuarse al contraerse la obligación, o luego, y su forma puede ser expresa o tácita, según lo consagra el artículo 141 del Código Civil, al referirse a la manifestación de la voluntad, debiendo señalarse que

es expresa cuando se formula oralmente, por escrito o por cualquier medio directo; y tácita cuando la voluntad se infiere indubitablemente de una actitud o de circunstancias de comportamiento que revelan su existencia.

Luego, cuando la ley prescribe el lugar del pago, esta norma no debe interpretarse como imperativa. Se trata, simplemente, de un precepto supletorio. No existiría razón alguna para que el legislador señale obligatoriamente el lugar del pago, ni que se impida a las partes designar cualquier otro. Esta norma sólo entra en juego en ausencia de manifestación expresa o tácita de las partes en contrario.

A renglón seguido se prevé como lugar del pago el que corresponda de acuerdo con la naturaleza de la obligación. Si se trata, por ejemplo, de transferir la posesión de un bien inmueble no susceptible de desplazarse, el deudor deberá efectuar el pago en el lugar donde se encuentra el inmueble y no en su propio domicilio. No es imaginable, en esta hipótesis, pacto en contrario, pues éste determinaría la imposibilidad de realizar el pago. Caso distinto ocurriría si se trata de la transferencia de la posesión de un bien mueble desplazable, hipótesis en las que rigen alternativamente las reglas previstas por el artículo 1238.

La ley se refiere, a continuación, a «las circunstancias del caso». Esta expresión usualmente se confunde con «la naturaleza de la obligación». Son las circunstancias las vinculadas íntimamente con la naturaleza de una obligación. Puede criticarse la expresión «circunstancias del caso» como redundante, pero en todo caso ella dependerá, al igual que cuando la ley alude a la naturaleza de la obligación, del modo en que ésta fue constituida y de la forma en que debe cumplirse.

Por último, la ley prevé que si el deudor ha designado varios lugares para el pago, el acreedor podrá hacerlo efectivo en cualquiera de ellos. Esta hipótesis no requiere de mayor aclaración.

Aunque el Código ha sido parco en sus expresiones para el caso en que el pago deba efectuarse en el domicilio del acreedor (pues sólo prevé en la parte final del último parágrafo del artículo 1238 que, en esta hipótesis, si el acreedor ha designado varios lugares, el deudor puede elegir cualquiera de ellos), consideramos que los mismos principios recién analizados rigen para este caso.

Es así que si se estipula que el pago debe efectuarse en el domicilio del acreedor, se entiende como tal el que correspondía al acreedor al constituirse la obligación, o el nuevo, a exclusivo criterio del deudor. Si el acreedor cambia de domicilio entre el día en que se constituyó la obligación y el día del pago, el deudor tendrá el derecho, a su soberana voluntad, de efectuar tal pago en el antiguo o en el nuevo domicilio.

El Código, en sus reglas sobre el lugar del pago consignadas en el artículo 1238, es claro. El único problema de interpretación que podría suscitarse, como lo hemos señalado, es el contenido en la expresión «el pago debe efectuarse en el domicilio del deudor...». Pero, insistimos en los conceptos, pues razones elementales de lógica jurídica determinan decidir que la ley peruana alude al domicilio del deudor al contraerse la obligación, salvo que modificado dicho domicilio antes del pago, el acreedor lo acepte y, por tanto, exija tal pago en el nuevo domicilio. Pero el deudor no puede unilateralmente variar de domicilio y decidir, por sí y ante sí, efectuar el pago en el nuevo domicilio. Inclusive la propia expresión «circunstancias del caso», que utiliza el precepto, abona en forma determinante en apoyo de esta tesis.

Imaginemos, para ilustrar la hipótesis, que el deudor se obligue a entregar a su acreedor una flota de camiones, teniendo su domicilio, al contraer la obligación, en la ciudad de Lima. Antes del cumplimiento de la obligación el deudor traslada su domicilio a la ciudad de Iquitos, en plena Selva Amazónica. Llegado el día de vencimiento de la obligación, el deudor pretende efectuar —en Iquitos— el pago a su acreedor, domiciliado en Lima y quien va a comercializar dicha flota de camiones en esta ciudad. Ello encarecería y retrasaría enormemente la prestación de la que es titular el acreedor, no sólo por el alto costo del flete de los camiones de Iquitos a Lima, sino por la oportunidad en que éstos pueden ser comercializados. La situación sería mucho más grave, desde luego, si el cambio de domicilio del deudor es a un país extranjero, que incluso quede en otro Continente. Aquí entraría en juego, incluso, el pago de derechos de aduana e importación, adicionales a los mayores gastos de transporte y al tiempo en que realmente quedaría cumplida la obligación.

Conviene señalar, asimismo, que si el deudor pudiera variar arbitrariamente de domicilio para efectuar el pago, y rehúsa realizarlo,

ello tendría graves implicancias para el acreedor, con el propósito de que pudiera exigirlo en el nuevo domicilio. Para comprobar lo expresado, basta revisar el artículo 2095 del Código Civil que, a falta de ley expresamente elegida por las partes, dispone que las obligaciones contractuales se rigen por la ley del lugar de su cumplimiento. Si el lugar de cumplimiento es el domicilio del deudor, ¿podría éste variarlo inconsultamente, modificando en forma unilateral la ley aplicable?

Naturalmente la norma del artículo 1238 está referida al caso de las personas naturales y de las personas jurídicas, ya que éstas tendrán su domicilio en el lugar de su sede o, en todo caso, en el lugar de su sede principal.

El artículo 1238 no recoge la integridad de supuestos que —acerca del domicilio— contempla el Código Civil. Esto resulta correcto, puesto que dicho precepto no podía ingresar a analizar todas las hipótesis del domicilio que están consignadas en otras normas del propio Código.

Para cualquier supuesto en el cual se haya pactado que el pago deba realizarse en el domicilio del acreedor, es pertinente que rijan las normas generales sobre domicilio que antes hemos analizado.

No podemos dejar de destacar que es posible que existiendo acuerdo sobre el lugar en que deba efectuarse el pago, no se haya señalado solamente un lugar sino varios lugares para tal efecto. El artículo 1238, segundo párrafo, establece que designados varios lugares para el pago, el acreedor puede elegir cualquiera de ellos, siendo esta regla también de aplicación cuando el pago deba efectuarse en el domicilio del acreedor.

Para terminar el análisis de esta norma, reiteramos que frecuentemente se pacta en contrario a lo que la misma dispone. Es práctica común que se acuerde que el pago se realice en un lugar distinto al domicilio del deudor. Por lo general y a fin de facilitar el cobro, se suele elegir el domicilio del acreedor.

Ello es así porque la regla afecta al acreedor en la medida en que le impone la carga de ir a cobrar y, por ese mismo motivo, le acarrea dificultades para pactar la mora automática.

Si el lugar de pago es el domicilio del deudor, de poco serviría que se pactara la mora automática, pues necesariamente el acreedor tendría que ir a cobrar para constituir en mora a su deudor.

## 21. CAMBIO DE DOMICILIO DE LAS PARTES

El artículo 1239 del Código Civil Peruano de 1984 contempla el supuesto de cambio de domicilio. Su texto es el siguiente:

> *Artículo 1239.- «Si el deudor cambia de domicilio, habiendo sido designado éste como lugar para el pago, el acreedor puede exigirlo en el primer domicilio o en el nuevo.*
>
> *Igual regla es de aplicación, respecto al deudor, cuando el pago deba verificarse en el domicilio del acreedor».*

Como vemos, el precepto señala que si el deudor cambiase de domicilio, habiendo sido designado éste como lugar para el pago, el acreedor puede exigirlo en el primer domicilio o en el nuevo.

Para el análisis de la norma deben tenerse presentes dos reglas del propio Código en lo referente al domicilio. Se trata de los artículos 39 y 40.

En virtud del artículo 39, el cambio de domicilio se realiza por el traslado de la residencia habitual a otro lugar.

Sin embargo, la regulación que más interesa es la prevista por el artículo 40, que establece:

> *Artículo 40.- «El deudor deberá comunicar al acreedor el cambio de domicilio señalado para el cumplimiento de la prestación obligacional, dentro de los treinta (30) días de ocurrido el hecho, bajo responsabilidad civil y/o penal a que hubiere lugar.*
>
> *El deudor y los terceros ajenos a la relación obligacional con el acreedor, están facultados para oponer a éste el cambio de su domicilio.*
>
> *La oponibilidad al cambio de domicilio se efectuará mediante comunicación indubitable».*

Son diversos los comentarios que podemos realizar respecto de esta norma. Así, debemos empezar señalando que el plazo de treinta días podría devenir en absurdo, en la medida en que no toma en cuenta el plazo de cumplimiento de la obligación. Una lectura literal de este precepto podría llevar a sostener que si el deudor cambiase su domicilio el 1 de enero y la obligación venciera el día 2 de ese mismo mes, la ausencia de la comunicación no podría imputársele por contar con treinta días para hacerlo.

Siendo ello así, consideramos que como la lógica y los propios principios del Derecho de Obligaciones imponen, los treinta días constituyen un plazo máximo que puede ser reducido por las propias circunstancias, en la medida que entre el cambio de domicilio y el vencimiento de la obligación exista un plazo menor.

Tampoco podemos dejar de cuestionar que en el artículo se haga referencia a la responsabilidad civil y/o penal que puede llegar a imputarse al deudor que incumpla con realizar la comunicación correspondiente. Al respecto, consideramos necesario advertir que la responsabilidad civil sólo surgiría si esa falta de comunicación generase daños o perjuicios, toda vez que se regiría por las normas generales sobre la materia; de allí que su referencia expresa carezca de sentido. Por otro lado, nos extraña que se mencione la posible responsabilidad penal cuando no existe delito alguno en el que se sancione a un deudor que no comunica al acreedor su cambio de domicilio.

Por último, otro aspecto que llama la atención es que en la norma se prescribe que la oponibilidad al cambio de domicilio debe realizarse mediante comunicación indubitable. Lo cierto, sin embargo, es que tal expresión, *comunicación indubitable*, genera más dudas que certeza debido a su inherente indefinición. Frente a ello pensamos que lo idóneo, a fin de evitar posibles inconvenientes, sería que la comunicación se efectúe mediante carta notarial. Si no existiese dicha comunicación, el cambio de domicilio no tendría efecto alguno.

Debemos puntualizar que las normas sobre cambio de domicilio regirán en dos supuestos:

(a) Si las partes no hubiesen designado el lugar en que deba efectuarse el pago (en donde regirán las normas dispositivas del Código Civil que hemos comentado anteriormente).

(b) Si las partes hubiesen designado el lugar en que deba efectuarse el pago, el mismo que, con la notificación del cambio de domicilio, se estaría variando de manera unilateral.

De acuerdo a la opción prevista por el artículo 1239, a pesar de haberse producido un cambio de domicilio, el acreedor podría exigir el pago en el primero de los designados. Esta norma sería susceptible de cuestionarse si nos preguntásemos cómo podría el acreedor cobrar en el primer domicilio si allí ya no se encuentra el deudor.

No obstante, el principio bajo análisis es positivo, ya que el cambio de domicilio puede determinar que el acreedor —para cobrar la deuda— deba realizar esfuerzos mucho más onerosos que en el caso de hacerlo en el anterior domicilio. De ser éste el supuesto, naturalmente escogerá el primero. En tal caso sería injusto que por voluntad unilateral se variaran las reglas con las cuales se contrató, pues al fin y al cabo éste es uno de los extremos del contrato, ya que incluso, de no haberse estipulado nada sobre el domicilio, las normas del Código, al tener carácter dispositivo, se consideran incorporadas automáticamente al contrato celebrado entre las partes.

Pero entendemos que si el cambio de domicilio del deudor se realiza dentro de la misma circunscripción en la que se encontraba su anterior domicilio, tal cambio no podrá ser rehusado por el acreedor, pues ello constituiría un abuso del derecho.

En suma, el artículo 1239 corrobora lo expresado al analizar el artículo 1238.

La norma tiene como base que el pago debe efectuarse en el domicilio del deudor. En consecuencia, ella descarta, para este caso, la estipulación en contrario, el mandato de la ley para que se realice en cierto lugar, la naturaleza de la obligación o las circunstancias del caso (hipótesis que sí contempla el artículo 1238).

Ahora bien, designado el domicilio del deudor como lugar del pago —y se entiende que se trata del domicilio al tiempo de contraerse la obligación—, si dicho deudor lo cambia, el acreedor puede exigirlo en el primer domicilio o en el nuevo, salvo, lo repetimos, que el nuevo domicilio esté en la misma circunscripción que el anterior, caso en el cual el cambio será incontrovertible y el acreedor no podría forzar que el pago se realice en el anterior domicilio del deudor. En este último caso, el acreedor estaría prestando su asentimiento al cambio domiciliario, no obstante haberse efectuado inconsultamente por el deudor.

Existe pues perfecta armonía entre los artículos 1238 y 1239 para el pago en el domicilio del deudor —con las excepciones previstas por el artículo 1238—, como existe la misma lógica en imponer igual regla al deudor, cuando el pago deba efectuarse en el domicilio del acreedor. En este último caso, designados varios lugares para el pago, el deudor puede elegir cualquiera de ellos. Lo que no pueden ni deudor ni acree-

dor, en sus respectivos casos, es modificar arbitrariamente su domicilio y exigir que el pago se haga en el nuevo (salvo que éste se encuentre en la misma circunscripción que el anterior domicilio). Ello quebrantaría la estructura obligacional, con evidentes perjuicios para aquél a quien le modificaron el lugar del pago.

Aquí insistimos en una reflexión adicional. La ley peruana, en el artículo 1239, sólo se refiere al cambio de domicilio por el deudor cuando éste ha sido designado como lugar para el pago. Ello significa que hay una convención sobre dicho lugar, entre el acreedor y el deudor, es decir que tal domicilio es el designado voluntariamente por las propias partes, lo que permite al acreedor exigir el pago en el primer domicilio o en el nuevo. Pero este principio, lo reiteramos, es el mismo que rige en la hipótesis supletoria prevista por la primera parte del artículo 1238: «El pago debe efectuarse en el domicilio del deudor [...]». En este caso, como expresamos en su oportunidad, la palabra «domicilio» se refiere al lugar que tenía el deudor al contraer la obligación, y esta norma, fruto no de la convención pero sí de la ley, significa que si el deudor lo modifica arbitrariamente, el acreedor puede exigir el pago en el domicilio original o en el nuevo, con la salvedad formulada por nosotros.

## 22. PLAZO PARA EL PAGO

De acuerdo con Fernando J. López de Zavalía,[140] los contratos pueden clasificarse en aquellos de ejecución inmediata y aquellos de ejecución diferida, según como se responda a la pregunta ¿cuándo debe comenzar su ejecución?

Tal clasificación es aplicable también para el caso de la ejecución de las obligaciones en general, ya que si bien esta teoría se ha elaborado para los contratos, definitivamente éstos (de acuerdo con la corriente de opinión más moderna al respecto) se agotan al momento de su celebración, y lo único vigente es la relación jurídica patrimonial (las obligaciones surgidas de ellos).

Una obligación de ejecución inmediata será aquella cuya prestación comience a ejecutarse, como su nombre lo indica, inmediatamente

---

140 LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J. *Teoría de los Contratos*. Buenos Aires: Zavalía, 1984, Parte General, tomo 1, pp. 68 y 69.

después de nacer dicha obligación; mientras que una obligación de ejecución diferida será aquella cuya prestación comience a ejecutarse una vez transcurrido un lapso desde el momento del nacimiento de la misma.

Una obligación podría no tener ejecución inmediata en dos supuestos:

(a) Cuando se le hubiese establecido un plazo suspensivo.

(b) Cuando estuviese sujeta a condición suspensiva.

Pero ambos (el plazo y la condición) son modalidades de un acto jurídico, las cuales tienen que ser necesariamente pactadas por las partes para integrar dicho acto. En caso contrario, el acto se considerará como puro y simple.

Entonces, de acuerdo con este razonamiento, al no haberse introducido estos elementos en una relación obligacional, ya sea por ley o por voluntad de los otorgantes, el acto constitutivo de dicha obligación será puro y simple, de donde se deriva la consecuencia establecida por el artículo 1240 del Código:

> *Artículo 1240.- «Si no hubiese plazo designado, el acreedor puede exigir el pago inmediatamente después de contraída la obligación».*

Un tema que tiene directa relación con el artículo comentado es el referido al plazo de gracia.

Si la obligación autorizara al deudor para satisfacerla cuando pudiese, o cuando tuviese medios de hacerlo, los jueces, a instancia de parte, designarán el tiempo en que deba hacerlo. Es decir que corresponde al juez, en tal caso, señalar el tiempo o plazo para el pago. Es así que se considera que la obligación de pagar cuando el deudor pueda o tenga los medios para hacerlo, constituye una obligación a plazo incierto, no así una obligación condicional, pues en ningún momento el acreedor ha pensado que su derecho de acreedor se pone en duda o puede discutirse. Lo que se ha dejado en la incertidumbre es el tiempo del cumplimiento, con mayor amplitud que cuando no se indica fecha; por eso, se trata de un caso de plazo incierto.

Este tema es resuelto por el Código Civil Peruano en el primer párrafo del artículo 182, precepto que establece lo siguiente:

> *Artículo 182.- «Si el acto no señala plazo, pero de su naturaleza y circunstancias se dedujere que ha querido concederse al deudor, el juez fija su duración.*
>
> *También fija el juez la duración del plazo cuya determinación haya quedado a voluntad del deudor o un tercero y éstos no lo señalaren.*
>
> *La demanda se tramita como proceso sumarísimo».*

El Derecho positivo peruano se ha inclinado por la validez de las cláusulas de pago cuando el deudor así desee hacerlo, como lo demuestra el segundo párrafo del artículo 182, al establecer que el juez fija la duración del plazo cuya determinación haya quedado a voluntad del deudor o un tercero y éstos no lo señalaren; debiéndose tramitar dicha pretensión como proceso sumarísimo.

En conclusión, la regla del artículo 1240 del Código Civil Peruano no es absoluta. No necesariamente, cuando no hay plazo designado para el pago, el acreedor puede exigirlo inmediatamente después de contraida la obligación.

La referida norma tiene tres notorias excepciones.

Primero, la prevista por el primer parágrafo del artículo 182 del Código Civil, cuando prescribe que si el acto no señala plazo para el pago, pero de su naturaleza y circunstancias se dedujere que ha querido concederse al deudor, el juez fija su duración. Por ejemplo, si en una obligación de hacer —construir un edificio— no se ha señalado plazo, el juez deberá fijar su duración. Pretender lo contrario, esto es el pago inmediato, constituiría un imposible. Caso distinto ocurriría si se tratara de un bien —por ejemplo una obra de arte— que el deudor, sin señalarse el plazo, se obliga a entregar al acreedor. Aquí la aplicación del artículo 1240 sería absoluta.

Luego, la consignada en el segundo párrafo del artículo 182, cuando prescribe que corresponde al juez fijar la duración del plazo cuya determinación haya quedado a voluntad del deudor o de un tercero y éstos no lo señalaren.

Y, finalmente, la excepción prevista por el artículo 1656 para el contrato de mutuo. El precepto establece que cuando no se ha fijado plazo para la devolución y éste no resulta de las circunstancias, se entiende que es de treinta días contados desde la entrega.

El origen del artículo 1240 del Código Civil nacional que hemos analizado, es romano. Las reglas allí vigentes permitían exigir el pago de inmediato, en caso de faltar un plazo estipulado. Esta norma romana, que recogen las legislaciones alemana, suiza y brasileña de 1916, es la adoptada por el Código Civil Peruano de 1984 y por su antecedente inmediato el Código Civil de 1936.

## 23. GASTOS DEL PAGO

Corresponde ahora determinar quién asume los gastos que se deriven del pago, tema que se encuentra regulado en el artículo 1241:

> *Artículo 1241.- «Los gastos que ocasione el pago son de cuenta del deudor».*

En primer término debemos diferenciar el artículo 1241 del Código Civil Peruano del artículo 1364,[141] en virtud del cual se establece que los gastos y tributos que origine la celebración de un contrato se dividen por igual entre las partes, salvo disposición legal o pacto en contrario.

El artículo 1241 está referido simplemente a los gastos que ocasione el pago de una deuda, y dispone que los mismos son de cargo del deudor.

Como sabemos, el artículo 1238 del Código Civil Peruano de 1984 establece como regla general que el pago deberá efectuarse en el domicilio del deudor.

Esto no significa, sin embargo, que a pesar de ser el acreedor, en principio, el obligado a realizar las gestiones destinadas a cobrar, sea él, precisamente, quien deba sufragar todos los gastos que ellas importen. El artículo 1241 prescribe que los gastos que ocasione el pago serán de cuenta del deudor: cualesquiera que ellos sean, en la medida en que se prueben. Un deudor renuente a pagar puede ser constituido en mora y entonces, además de los gastos del pago, tendría que indemnizar por los daños y perjuicios ocasionados.

---

141 *Artículo 1364.- «Los gastos y tributos que origine la celebración de un contrato se dividen por igual entre las partes, salvo disposición legal o pacto distinto».*

El sentido del precepto, en conclusión, es claro: el acreedor debe recibir la prestación tal como se estipuló y sin desmedro de su patrimonio para sufragar los gastos del pago. Éstos corren por cuenta del deudor.

La solución del Código Peruano es prácticamente universal y sus alcances no exigen mayores comentarios.

No obstante, al igual que muchas normas del Derecho de Obligaciones, ésta es una regla supletoria. Ella rige en ausencia de pacto. Aquí prevalece la autonomía de la voluntad.

El precepto, por lo demás, es aplicable a todas las obligaciones de dar y de hacer. Parece improbable que el tema de los gastos del pago esté referido a las obligaciones de no hacer. Éstas constituyen simplemente una abstención, y la abstención carece de costos; a menos que se trate de algún supuesto en que la obligación de no hacer pudiera implicar la de dejar de hacer lo que se venía realizando, caso en el cual ese dejar de hacer —lo admitimos— podría implicar algunos desembolsos.

Cabe advertir que el tema de los gastos del pago, previsto por el Código Civil Peruano de 1984 y no contemplado por otros Códigos, como el Argentino, puede revestir, en algunos casos, singular significación; como sería el supuesto en que se trate, por ejemplo, de los gastos de transporte de bienes importantes, cuyo monto sea muy apreciable.

## Capítulo Segundo
## PAGO DE INTERESES

### 1. CONSIDERACIONES GENERALES

Los intereses, vinculando la figura con los Derechos Reales, pueden ser calificados como frutos civiles, puesto que son frutos que se devengan de un capital proveniente de una obligación nacida de la ley o de un contrato. Se trata, entonces, de frutos nacidos de una ficción jurídica.

Sin embargo, los intereses van mucho más allá que eso. Y, en general, una de las definiciones más aceptadas con respecto a los intereses es que éstos constituyen el costo del dinero. En realidad, ésta es una definición más que jurídica, económica. Los intereses son pues un fenómeno tanto jurídico como económico.

Antes de analizar la materia precisa, debemos indicar que no necesariamente deben pagarse intereses en todas las obligaciones. El deudor sólo deberá pagar intereses cuando ello se encuentre establecido por la ley o por el contrato.

Al respecto, conviene indicar que en materia contractual sólo existe un contrato en el que sí se presumen los intereses: el contrato de mutuo o préstamo de bienes consumibles.

Los intereses pueden ser clasificados de muchas formas. Tomando como criterio a la fuente, los intereses son convencionales —los que nacen del pacto— o legales —los nacidos del mandato legal—.

Sobre la base de su naturaleza, se distinguen en compensatorios y moratorios.

El tema del pago de intereses es, sin duda, uno de los de mayor trascendencia en las transacciones civiles, comerciales y financieras. Nuestra legislación, en reconocimiento a la importancia y características que permiten referirse a los intereses como una institución del Derecho de Obligaciones, ha incorporado dentro del ordenamiento privado una regulación especial sobre la materia.

De este modo, el Código Civil Peruano de 1984 asigna un Capítulo especial, dentro de las normas del pago, en el Libro de las Obligaciones, a las reglas relativas a los intereses.

Precisamos que los preceptos del Código Civil sobre intereses únicamente se aplican a las operaciones de crédito celebradas entre los particulares, esto es, entre las personas naturales o jurídicas que no se encuentran dentro del sistema financiero.

La actual regulación de los intereses significa un avance legislativo respecto del tratamiento que el Código Civil de 1936 brindó al tema que nos ocupa. Dicho Código reguló en forma inconexa, asistemática y dispersa el pago de intereses, al consignar en algunos pocos artículos las normas que debían regir tan importante materia.

## 2. INTERÉS COMPENSATORIO Y MORATORIO

### 2.1. Consideraciones generales

El tema de los intereses en el Código Civil se inicia con el artículo 1242, que define a las dos clases del interés convencional, esto es, a los intereses compensatorios y moratorios:

> *Artículo 1242.- «El interés es compensatorio cuando constituye la contraprestación por el uso del dinero o de cualquier otro bien.*
>
> *Es moratorio cuando tiene por finalidad indemnizar la mora en el pago».*

El Código Civil no define la noción de interés, y opta más bien por precisar, en atención a la finalidad que los intereses persiguen, las clases que estos últimos indistintamente pueden adoptar. Así, con arreglo al primer apartado del artículo 1242, el interés es compensatorio cuando

constituye la contraprestación por el uso del dinero o de cualquier otro bien y, de acuerdo con el parágrafo segundo, es moratorio cuando tiene por finalidad indemnizar la mora en el pago.

Antes de referirnos a cada una de esas clases, debe quedar claro que el pago de intereses es susceptible de aplicarse a todo tipo de deudas, entiéndase: deuda pecuniaria o dineraria y deuda no pecuniaria o de valor. Por ello, correspondía ubicar a los artículos 1242 a 1250 inclusive, referidos al pago de intereses, en el Título del Pago, en el Libro de las Obligaciones, tal como lo hace el Código Civil vigente.

De este modo, ni la naturaleza de la obligación principal, ni el objeto de su prestación, constituyen óbice para el cobro de intereses.

Igualmente, resulta necesario señalar los conceptos de bien, dinero y capital, respectivamente.

En doctrina no existe unanimidad de criterios respecto a lo que se entiende por bienes. Nosotros hemos adoptado la teoría que comprende dentro de dicho concepto a las cosas (bienes corporales) y a los derechos (bienes incorporales).

En este contexto, resulta interesante preguntarnos si la productividad que caracteriza al dinero explica la producción de intereses en una obligación dineraria o pecuniaria.

Afirmamos que el devengamiento de intereses opera en virtud de un mandato legal o del acuerdo de partes, dentro de los límites de la ley, sobre cualquier clase de obligación. No importa el objeto de su prestación, toda vez que el interés puede generarse del dinero, del capital o de cualquier otro bien, independientemente de la productividad o improductividad de éstos.

Ahora bien, el Código Civil de 1984, a diferencia del Código anterior, distingue el interés moratorio del compensatorio, y le señala funciones distintas en las relaciones contractuales. El interés convencional compensatorio proporciona al acreedor un lucro, un beneficio o ganancia y una compensación por el uso de un capital. El interés moratorio, en cambio, repara los daños y perjuicios que el retraso culpable o doloso en el pago pudiese causar.

Anotadas estas cuestiones preliminares, se estudiarán los tipos de interés.

### 2.2. Interés convencional compensatorio

En relación al interés convencional compensatorio, en la doctrina no existe un criterio unívoco en cuanto a su denominación.

El interés compensatorio tiene como propósito restablecer el equilibrio patrimonial, impidiendo el enriquecimiento indebido en favor de una parte e imponiendo, a quien aprovecha el dinero o cualquier otro bien, una retribución adecuada por su uso. Por ello, los intereses compensatorios cumplen con la función económica de retribuir el uso de un capital ajeno.

En lo referente al devengamiento del interés convencional compensatorio, cabe señalar que para que este tipo de interés se genere, es necesario que se haya pactado, sea al momento de contraerse la obligación o posteriormente.

Tal interés podrá devengarse a partir de la fecha convenida por las partes o, en su defecto, desde que se contrajo la obligación, hasta el día del pago.

### 2.3. Interés convencional moratorio

El Código Civil Peruano de 1984, conforme lo consigna el segundo apartado del artículo 1242, establece que el interés es moratorio cuando tiene por finalidad indemnizar la mora en el pago.

Los intereses moratorios, entonces, son aquellos que cumplen la función económica de reparar el retardo en la ejecución de una obligación.

Ante la estrecha relación entre los intereses moratorios y la mora, anotamos algunas generalidades sobre esta última noción.

Elemento esencial de la mora es la posibilidad del cumplimiento tardío. Por ello, la mora difiere del incumplimiento total, ya que en este caso usualmente la obligación nunca será cumplida.

La mora, por lo demás, debe provenir de dolo o culpa, a fin de que exista la obligación de indemnizar. En efecto, producido el retraso sin culpa o dolo del deudor, éste, en tanto pruebe que se debió a caso fortuito o fuerza mayor o a algún supuesto de simple ausencia de culpa, por haber actuado con la diligencia ordinaria requerida, no será responsable de los daños y perjuicios que el retardo hubiere ocasionado al acreedor.

Debe aclararse, además, que la mora, conforme a la ley peruana, a menudo precisa de una condición formal: la interpelación. Se requiere pues que el deudor sea interpelado, es decir, compelido al cumplimiento de la prestación. En otras palabras, salvo las excepciones previstas por la ley, hay que exigir el pago para constituir en mora. La interpelación puede ser extrajudicial o judicial, de modo que el deudor puede quedar incurso en mora aunque no haya sido demandado en juicio.

Sin perjuicio de que en nuestro ordenamiento legal la responsabilidad del deudor por los daños y perjuicios que la mora en el pago cause al acreedor se limita a los intereses moratorios, admite como excepción el pacto de daño ulterior.

Hay que señalar que el pago de los intereses moratorios constituye la forma de indemnización específica que corresponde al retardo en el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias. Sin embargo, en el caso de haberse pactado la indemnización del daño ulterior, conforme a lo previsto por el artículo 1324 del Código Civil, corresponde al acreedor —para evitar la cobranza de intereses usurarios— demostrar haberlo sufrido, en cuyo caso, además de recibir los intereses moratorios correspondientes, tendrá derecho al pago de una indemnización adicional que cubrirá la integridad de los daños y perjuicios ocasionados por la mora.

En efecto, el segundo párrafo del artículo 1324 del Código Civil admite la posibilidad de que las partes estipulen una indemnización por daño ulterior, obligación que coexistirá con los intereses moratorios que se hubiesen pactado o, en defecto de éstos, con el interés legal.

Debe precisarse que la existencia del daño ulterior, así como su cuantía, tendrán que ser probados por el acreedor; a diferencia del interés moratorio, el mismo al que está obligado el deudor, sin necesidad de que el acreedor pruebe haber sufrido daños y perjuicios por la mora en el pago, ni su monto.

En caso de no existir dicho pacto, no puede el acreedor reclamar un resarcimiento adicional que exceda a los intereses moratorios convenidos, en tanto que la estipulación de intereses moratorios, al asimilarse a una cláusula penal, impone prescindir del daño concreto sufrido por el acreedor, el mismo que se limita al monto de los intereses fijados.

De otro lado, no siendo aplicables a las obligaciones pecuniarias los preceptos relativos a daños y perjuicios provenientes de la inejecución de las obligaciones en general, aquéllos quedan sujetos a la norma que no autoriza expresamente el cómputo de un renglón compensatorio distinto al de los intereses.

Por consiguiente, la función resarcitoria que la indemnización de daños y perjuicios cumple con respecto a las obligaciones en general, es desempeñada en las obligaciones de dar sumas de dinero por los intereses.

Es importante anotar, además, que el devengamiento de los intereses moratorios requiere de la concurrencia de ciertos supuestos de hecho. Estos son, a saber: que la deuda principal sea cierta, líquida y se encuentre vencida e impaga. Es decir, conocida en su existencia y cuantía. Asimismo, exigible en su cumplimiento, sin que se haya verificado el pago.

Como ya indicamos, también es necesario que se haya constituido en mora al deudor. Al respecto conviene reiterar que mientras no se requiera judicialmente o de manera extrajudicial al deudor para que verifique el pago, los intereses moratorios no empezarán a correr, ya que si bien podría producirse un atraso en el pago, no habría realmente mora, salvo que la naturaleza, el pacto o la ley hubieran previsto la mora sin necesidad de requerimiento alguno.

Advertimos, adicionalmente, que nuestro ordenamiento jurídico ha destinado una regulación especial para los casos de obligaciones laborales y tributarias incumplidas en su oportunidad.

Finalmente, en cuanto a los intereses convencionales compensatorios o moratorios, precisamos que, según el régimen vigente, la tasa de estos tipos de interés —para las personas ajenas al sistema financiero— se determina por acuerdo de partes. Sin embargo, la tasa no puede ser pactada libremente o sin restricción alguna, porque el artículo 1243 del Código Civil prevé tasas máximas.

## 3. TASAS MÁXIMAS DE INTERÉS CONVENCIONAL

Nuestra legislación civil ha optado por establecer un límite a los intereses que las partes libremente pueden convenir en las obligaciones de dar sumas de dinero, a través de la fijación de tasas máximas.

De allí que la finalidad principal, entre los varios objetivos del artículo 1243 del Código Civil Peruano, sea la de establecer una tasa máxima en el cobro de los intereses convencionales:

> *Artículo 1243.- «La tasa máxima del interés convencional compensatorio o moratorio, es fijada por el Banco Central de Reserva del Perú.*
> *Cualquier exceso sobre la tasa máxima da lugar a la devolución o a la imputación al capital, a voluntad del deudor».*

Este tipo de tasa supone un riesgo abstracto, promedio, en las operaciones de crédito, cuyo monto, una vez determinado sobre el caso concreto, puede ser disminuido o aumentado, en razón a los criterios que intervienen en la fijación de las tasas de interés.

El dinero no es tan sólo un instrumento de cambio, sino también una mercancía, y como tal su valor no puede ser fijado por una disposición legal, ya que dicho valor depende de múltiples factores, entre los cuales figuran la oferta y la demanda, la estabilidad o la inestabilidad de la moneda, el cuadro general de la economía del país, el curso de los acontecimientos políticos, etc.

En este sentido, debe entenderse que el Banco Central de Reserva del Perú, al establecer un interés máximo, no está fijando precisamente el valor del dinero, sino tan sólo las condiciones más propicias en el mercado, en cumplimiento del mandato que la ley le encomienda, a saber: la formulación de una política crediticia.

Cuando nosotros nos referimos al tema de las tasas máximas de interés, necesariamente tenemos que hacer mención a que en el Perú, desde 1991, el régimen de intereses es dual. Hasta antes de 1991, el Estado fijaba tasas máximas para los intereses que podían cobrar los Bancos y tasas máximas para los intereses que podían cobrar las personas ajenas al sistema financiero.

Desde 1991 ese régimen cambió y se estableció un sistema dual. Por un lado tenemos a las tasas de los intereses de las operaciones que se encuentran dentro del sistema financiero; y, por otro, las tasas de las operaciones que se encuentran fuera del sistema financiero.

Por operaciones dentro del sistema financiero se entiende que en ellas interviene una empresa financiera (banco o financiera), ya sea

contratando con otra empresa que también forma parte del sistema financiero o con el Estado o con un particular, sea una persona natural o jurídica. En este tipo de operaciones no hay tasas máximas. Los intereses están librados al juego de la oferta y la demanda.

Para las operaciones que se realizan fuera del sistema financiero, sin embargo, sí existen topes.

Advertimos que las tasas máximas hay que clasificarlas según se trate de intereses compensatorios o de intereses moratorios.

Cabe aquí precisar que la normativa sobre tasas de interés fue modificada por la Circular n.° 021-2007-BCRP, de fecha 28 de septiembre de 2007, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 30 de septiembre de 2007.

Vale recordar en este punto que la tasa máxima de interés convencional se expresó en términos mensuales durante el período comprendido entre el 1 de diciembre de 1988 y el 31 de diciembre de 1994.

Por otra parte, para una mejor comprensión de la materia, conviene conocer que son varias las políticas que pueden asumirse en un régimen de tasas máximas de interés. Dichas tasas pueden fijarse en un tanto porcentual o en una tasa referencial.

Al respecto, se ha dicho que si el Banco Central de Reserva fijase la tasa máxima de interés convencional en un tanto por ciento, requeriría de un contexto económico de estabilidad monetaria, ya que ese es un factor determinante e indispensable para que puedan ser normalmente respetados los límites señalados para el cobro de intereses.

Por el contrario, si la moneda estuviera sometida a fuertes presiones inflacionarias o deflacionarias y, por tanto, si perdiera o ganara valor en apreciable medida, nadie operaría a esa tasa, simplemente porque habría que compensar la desvalorización o revalorización sufrida además del interés. Es obvio que también en este caso, inevitablemente, surgiría un mercado negro de dinero.

Son éstas, quizá, las razones por las que los regímenes de los presidentes Fujimori, Paniagua, Toledo y García —hasta escribir estas líneas (marzo del 2008)— han adoptado y mantenido una tasa referencial de variación diaria.

De otro lado, las tasas máximas de interés pueden tener una periodicidad anual o mensual. Asimismo, pueden ser tasas efectivas

o nominales y, finalmente, únicas o diferenciadas, según el tipo de interés, las monedas sobre las cuales van a aplicarse, el tiempo que dure el crédito otorgado, y de acuerdo a si este último se halla o no sujeto al Sistema de Reajuste de Deudas, en adelante S.R.D.

En cuanto a las características y cuantía de las tasas máximas de interés convencional compensatorio y moratorio, que actualmente los particulares pueden cobrar en sus operaciones de crédito, debemos señalar que dichas tasas fueron publicadas en el diario oficial *El Peruano* el 6 de julio de 1991, y modificadas recientemente por la Circular n.° 021-2007-BCRP, publicada el 30 de septiembre de 2007.

### 3.1. Para el interés convencional compensatorio

Una tasa referencial, de periodicidad anual, efectiva o diferenciada, según se trate de moneda nacional o extranjera, por el tiempo de duración del crédito y dependiendo de si este último se sujetó o no al S.R.D.

#### *3.1.1. En moneda nacional*

*3.1.1.1. Para operaciones no sujetas al S.R.D.*

La tasa efectiva máxima de interés convencional compensatorio es equivalente a la tasa promedio del sistema financiero para créditos a la microempresa y es expresada en términos efectivos anuales.

Esta tasa es publicada diariamente por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP.

*3.1.1.2. Para operaciones sujetas al S.R.D.*

La tasa máxima de interés convencional compensatorio, es calculada de forma tal que el costo efectivo de estas operaciones, incluido el reajuste, sea equivalente a la tasa señalada para las operaciones no sujetas al S.R.D.

#### *3.1.2. En moneda extranjera*

La tasa máxima de interés convencional es equivalente a la tasa promedio del sistema financiero para créditos a la microempresa y es expresada en términos efectivos anuales. Esta tasa es publicada diariamente por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP.

### 3.2. Para el interés convencional moratorio

Se ha establecido una tasa referencial de periodicidad anual, efectiva y diferenciada, según el tipo de moneda sobre la cual habrá de calcularse.

#### *3.2.1. En moneda nacional*

La tasa máxima de interés convencional moratorio, en términos anuales, tratándose de operaciones sujetas al Sistema de Reajuste de Deudas o no, es equivalente al 15% de la tasa promedio del sistema financiero para créditos a la microempresa y se aplica en forma adicional a la tasa de interés convencional compensatorio o, de ser el caso, a la tasa de interés legal.

Es necesario precisar que el interés moratorio se cobra sólo cuando se ha pactado, y únicamente sobre el monto de la deuda correspondiente al capital impago cuyo plazo esté vencido. Dicho interés se computa y se percibe desde la fecha en que el deudor incurre en mora.

#### *3.2.2. En moneda extranjera (dólares de los Estados Unidos de América)*

Para este caso, la tasa máxima de interés convencional moratorio, en términos anuales, es igual al 20% de la tasa promedio del sistema financiero para créditos a la microempresa y se aplica en forma adicional a la tasa de interés convencional compensatorio o, de ser el caso, a la tasa de interés legal.

Deben tenerse presente, en todo caso, las precisiones dictadas por el Banco Central de Reserva en cuanto al cómputo y cobro del interés moratorio.

Hasta aquí nos hemos referido al interés máximo que los particulares pueden cobrarse entre sí en sus operaciones de crédito. A este lo hemos denominado crédito civil propiamente dicho, para distinguirlo del crédito comercial y financiero.

Ahora bien, es preciso anotar que el establecimiento de una tasa máxima de interés, en términos efectivos, ha generado una polémica que no ha perdido actualidad, y en torno a la cual se han emitido las más diversas opiniones.

El problema consiste en precisar si realmente la determinación de una tasa efectiva de interés, al constituir una expresión capitalizada de intereses, contraviene lo dispuesto por el artículo 1249 del Código Civil; esto es, la prohibición de capitalizar intereses.

Al respecto, debemos señalar que en el medio jurídico nacional predomina una opinión que sostiene que el establecimiento de una tasa máxima compuesta, sobre la base de tasas efectivas, lejos de contravenir el tenor del artículo 1249 del Código anotado, expresa los costos finales del crédito, con capitalización.

Cuando el Banco Central de Reserva señala como «tasa máxima» de interés convencional compensatorio a los promedios ponderados diarios de tasas de interés convencional compensatorio para créditos a la microempresa, no transgrede el contenido y alcances del artículo 1249; pues, en lugar de fijar, por ejemplo, como tasa compensatoria convencional para el día 27 de octubre de 2007, en moneda nacional, el 37.91% anual, señala que debe ser la citada tasa de ese día. Esto resulta más práctico, si consideramos que diariamente varían las tasas del crédito a las microempresas que la ley ha adoptado como referencia.

Dichas tasas constituyen las «tasas máximas» pasibles de ser concertadas por las partes como compensatorias; mientras que el 15% de ellas en moneda nacional y el 20% de ellas en moneda extranjera, constituyen las tasas máximas pasibles de ser concertadas como interés moratorio fuera del sistema financiero. Es obvio que conforme lo dispone el artículo 1249 del Código Civil, estas tasas no son susceptibles de ser capitalizadas, salvo las excepciones que el propio Código establece.

## 4. TASA DE INTERÉS LEGAL

El artículo 1244 del Código Civil Peruano de 1984 establece la obligatoriedad del Banco Central de Reserva de fijar la tasa de interés legal:

> *Artículo 1244.- «La tasa del interés legal es fijada por el Banco Central de Reserva del Perú».*

Recordamos que el Código Civil de 1936 reguló el tema que nos ocupa estableciendo una tasa anual de interés legal específica. En efecto, el artículo 1325 del Código derogado señalaba que el interés legal del

dinero para los casos en que no hubiera convenio expreso era del cinco por ciento al año.

En cuanto a la inconveniencia de un precepto como el anotado, se ha dicho que los intereses no deben tener una tasa única fija o específica prevista por una ley, porque si ésta determinase la tasa que un acreedor puede exigir a su deudor, obligaría a todos los capitalistas a prestar a un mismo interés, lo que las haría injustas.

Supongamos que una persona ha prestado a otras dos un capital; uno, para especular en favor de una persona de modestos recursos, y otro en favor de una persona acaudalada para la ampliación de un negocio en el que con anterioridad se habían reportado ingentes ganancias. ¿Qué razón puede haber para que se cobre igual interés a los dos tomadores del crédito? Luego, si para ambos casos prescribiese la ley un interés fijo y único, se obraría con injusticia. Esto último siempre que, por justicia, entendamos el valor axiológico por el cual es menester tratar igual a los iguales, y desigual a los desiguales.

Éstas fueron —quizá— algunas de las consideraciones por las cuales por Ley n.° 23413 de 1 de junio de 1982, esto es, antes de que entrara en vigencia el Código de 1984, se autorizó el Banco Central de Reserva a fijar la tasa de interés legal.

Es así como entre el 2 de julio de 1982 y el 28 de diciembre de 1990, el Banco Central de Reserva del Perú publicó en el diario oficial *El Peruano* veintinueve (29) avisos en los que ponía en conocimiento del público las tasas de interés legal específicas, anuales y diferenciadas de acuerdo a la moneda de que se tratara.

Mediante aviso de fecha 12 de marzo de 1991, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 15 de marzo de dicho año, el Banco Central de Reserva del Perú puso en conocimiento del público que la tasa efectiva de interés legal sería la siguiente:

Para las deudas contraídas en dólares estadounidenses: TAMEX; marcos alemanes: TAMEX + 2.50; chelines austriacos: TAMEX + 3.00; francos belgas: TAMEX + 2.75; dólares canadienses: TAMEX + 2.75; coronas danesas: TAMEX + 4.00; francos franceses: TAMEX + 2.75; florines holandeses: TAMEX + 2.75; libras esterlinas: TAMEX + 6.25; yenes japoneses: TAMEX + 4.25; coronas suecas: TAMEX + 5.25; francos suizos: TAMEX + 2.00; liras italianas: TAMEX + 6.00;

bolívares venezolanos: TAMEX + 6.00; y pesetas españolas: TAMEX + 7.25.

A través de aviso publicado en el diario oficial *El Peruano* el 14 de septiembre de 1992, el Banco Central de Reserva del Perú hizo de público conocimiento que la tasa efectiva de interés legal, en moneda nacional, para las operaciones no sujetas al Sistema de Reajuste de Deudas, era igual a dos veces la tasa de interés pasiva mercado promedio ponderado, esto es dos veces la TIPMN.

La TIPMN —según lo señalado en dicho aviso— era la tasa promedio ponderado de las tasas pagadas sobre los depósitos en moneda nacional, incluidos aquéllos a la vista, por los bancos y financieras.

Para las operaciones sujetas al Sistema de Reajuste de Deudas, la tasa efectiva de interés legal debía ser calculada de forma tal que el costo efectivo de estas operaciones, incluido el reajuste, fuera equivalente a la tasa señalada para las obligaciones no sujetas al Sistema de Reajuste de Deudas.

La tasa de interés legal efectiva para los dólares estadounidenses se fijó en 1.2 veces la tasa de interés pasiva mercado promedio ponderado en moneda extranjera, esto es 1.2 veces la TIPMEX.

La TIPMEX —también según el referido aviso— era la tasa promedio ponderado de las tasas pagadas sobre los depósitos en moneda extranjera, incluidos aquéllos a la vista, por los bancos y financieras.

Para el cálculo del interés legal de las monedas extranjeras distintas al dólar estadounidense, se dispuso la conversión a esa moneda, para aplicarse, luego, 1.2 veces la TIPMEX.

Mediante aviso de fecha 4 de julio de 1991, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 6 de julio de ese año, el Banco Central de Reserva del Perú puso en conocimiento del público que la tasa de interés legal efectiva para las deudas contraídas en dólares estadounidenses sería igual a la TAMEX; en marcos alemanes: TAMEX + 3.00; chelines austriacos: TAMEX + 3.00; francos belgas: TAMEX + 3.25; dólares canadienses: TAMEX + 2.25; coronas danesas: TAMEX + 3.25; francos franceses: TAMEX + 3.75; florines holandeses: TAMEX + 3.00; libras esterlinas: TAMEX + 5.00; yenes japoneses: TAMEX + 1.75; coronas noruegas: TAMEX + 5.00; coronas suecas: TAMEX + 4.00; francos suizos:

TAMEX + 2.00; liras italianas: TAMEX + 5.00; bolívares venezolanos: TAMEX + 7.00; y pesetas españolas: TAMEX + 6.25.

## 5. PAGO DE INTERÉS LEGAL A FALTA DE PACTO

Aclaramos, en primer término, que el concepto de tasa de interés legal no es equivalente al de los intereses legales, no obstante que la denominación es susceptible de confundir.

Los intereses legales son simplemente los que se deben por mandato de la ley. En cambio, la expresión tasa de interés legal se refiere a la que hay que pagar cuando las partes han pactado intereses, pero sin haber fijado la tasa.

Por lo demás, ambos conceptos de interés legal son ajenos a las tasas máximas de interés. La tasa máxima significa que no se puede pactar intereses que la excedan.

La tasa de interés legal, si la obligación ha sido contraída en moneda nacional, será la TIPMN, y si ha sido contraída en moneda extranjera, será la TIPMEX.

Así como las tasas máximas se calculan en función de las tasas del promedio ponderado de las tasas activas, o sea del promedio ponderado de las tasas que los Bancos y las entidades financieras cobran por prestar dinero a sus clientes, la tasa de interés legal se calcula en función del promedio ponderado para las operaciones pasivas, o sea, de las operaciones en las que los clientes depositan su dinero en ahorros.

TIPMN, entonces, significa tasa de interés promedio ponderado para las operaciones pasivas en moneda nacional; y TIPMEX significa tasa de interés promedio ponderado para las operaciones pasivas en moneda extranjera.

Tanto la TIPMN como la TIPMEX se calculan en virtud del promedio de lo que pagan los Bancos por tasas de interés pasivas a sus ahorristas; por lo tanto, se presume que dada la diferencia entre lo que cobra una entidad financiera cuando presta y lo que paga cuando recibe depósitos de sus clientes, las tasas de interés legal son, generalmente, bajas.

Coherente con lo antes expresado, el artículo 1245 del Código Civil Peruano establece la aplicación supletoria de la tasa del interés legal

cuando las partes han pactado el pago de un interés convencional, sin haber fijado la tasa:

> *Artículo 1245.- «Cuando deba pagarse interés, sin haberse fijado la tasa, el deudor debe abonar el interés legal».*

Según la norma, en el supuesto en que los contratantes hayan estipulado el devengamiento de intereses, pero sin señalar su monto, regirá la tasa establecida para el interés legal.

Como ya lo anotamos, el precepto alude al interés convencional de tasa legal, toda vez que éste opera cuando las partes acuerdan el devengamiento de intereses, pero omiten determinar el monto de los mismos. O sea que un supuesto es que la ley señale la procedencia del pago de intereses cuando éste no se ha convenido, y otro distinto que ella supla la voluntad de las partes para establecer simplemente la cuantía de la obligación convencional y accesoria de dar intereses. El supuesto contemplado por el artículo 1245 del Código Civil Peruano es, por tanto, uno de interés convencional de tasa legal, y no de interés legal, propiamente dicho.

Suele pensarse, sin embargo, que la hipótesis de dicha norma está referida al pago del interés legal a falta de pacto del interés convencional.

Tal aseveración constituiría, a nuestro juicio, un desacierto. De ser ella exacta, estaríamos ante la necesaria aplicación supletoria del interés legal, lo que permitiría concluir en que todas las obligaciones de dar sumas de dinero devengarían forzosamente intereses, ya sean convencionales o, en su defecto, legales.

Debe recordarse que la obligación de dar intereses se genera en todo préstamo de dinero o de bienes fungibles, sólo en tanto exista un acuerdo de partes o un mandato legal en este sentido.

Por eso consideramos que el supuesto del artículo 1245 no obliga al deudor al pago de un interés legal. El mandato de la norma ha previsto la obligación del deudor al pago de la tasa correspondiente al interés legal, esto es, aquélla que fija el Banco Central de Reserva del Perú —en cumplimiento del artículo 1244 del Código Civil—, cuando se haya pactado el devengamiento de un interés, sin haberse fijado la tasa. Ello, porque la ley suple tal vacío, fijando la cuantía de ese interés convencional.

Ante tal situación, cabe preguntarse en qué supuestos corresponde el pago de un interés instituido por ley.

El devengamiento del interés legal se produce —según las consideraciones que hemos venido señalando— cuando el deber de pagarlo nace de un mandato legal.

En algunas circunstancias es preciso restablecer el equilibrio contractual de aquellas relaciones jurídicas en donde la ausencia del pacto de intereses genera una situación perjudicial para una de las partes.

Bajo esta perspectiva, la ley civil peruana, supliendo la voluntad de las partes, prevé —en algunos casos— el devengamiento de un cierto tipo de interés, según deba retribuirse al acreedor un beneficio como contraprestación al crédito que ha otorgado, o bien una indemnización por los daños que la mora en el pago pudiese ocasionar.

En ciertas condiciones especiales, la ley impone al deudor el pago de intereses, al margen de toda convención. Así, los intereses legales son algunas veces instituidos por las leyes por razones de equidad en función del uso de dinero ajeno.

Los intereses legales, entonces, operan algunas veces como intereses compensatorios y en otras en calidad de intereses moratorios. De allí que se suela diferenciar el interés legal compensatorio del interés legal moratorio.

En nuestra legislación son diversos los supuestos en que el pago de intereses es debido por causa directa de la ley, cumpliendo una función compensatoria o, en su caso, una función indemnizatoria.

En relación al momento desde el cual deben empezar a computarse los intereses moratorios, reiteramos lo expresado oportunamente en el sentido de que el devengamiento de este tipo de interés se produce a partir de la fecha en que el deudor incurre en mora.

La mora, según lo que antes señalamos, puede ser judicial o extrajudicial; el cómputo de los intereses (moratorios), por regla general, debe iniciarse a partir de la fecha en que se constituyó en mora al deudor.

Existen, sin embargo, dos excepciones a esta regla, a saber: los casos de mora automática y los casos de deudas vencidas pero ilíquidas.

En este último caso, cuando el monto de la deuda deba ser determinado por resolución judicial, conforme a lo dispuesto por el artículo

1334 del Código Civil, hay mora a partir de la fecha de citación con la demanda, exceptuándose este principio para la responsabilidad extracontractual, pues en el supuesto previsto por el artículo 1985 del Código Civil, los intereses legales se devengan desde la fecha en que se produjo el daño.

No obstante lo señalado, si los intereses se devengan por mandato de la ley en calidad de moratorios, éstos empezarán a computarse a partir del momento en que la propia ley lo prescriba. Sería el supuesto, por ejemplo, de los artículos 1269 y 1324, entre otros, del Código Civil Peruano de 1984.

En efecto, conforme a lo dispuesto por el artículo 1269 del Código Civil, los intereses legales a los que se encuentra obligado quien acepta un pago indebido de mala fe, se devengan desde la fecha del pago indebido.

En cambio, según lo establece el artículo 1324 del propio Código Civil, el incumplimiento de una obligación de dar sumas de dinero devenga el interés legal desde la fecha en que el deudor incurrió en mora.

Al respecto, debe añadirse que de acuerdo con lo previsto por el artículo 1333 del mismo cuerpo legal, hay mora a partir de la fecha en que se intimó al deudor, salvo los casos de mora automática y de deudas vencidas pero ilíquidas, según lo hemos señalado.

En consecuencia, los intereses legales que se devengan en calidad de moratorios, en el caso de la mora judicial, empezarán a computarse —según lo previsto por el artículo 1324, en concordancia con el artículo 1333 del Código Civil— a partir de la fecha de la constitución en mora del deudor.

Tratándose del devengamiento de los intereses legales, anotamos que el Código Civil Peruano los establece para diversos supuestos, que reseñamos.

En el caso de la patria potestad, cuando terminada la administración legal de los padres sobre los bienes de sus hijos menores, resultase un saldo deudor o acreedor en la cuenta final de dicha administración (artículos 430 y 431 del Código Civil).

Asimismo, el pago de los intereses legales se origina cuando por negligencia del tutor el dinero del pupilo hubiese permanecido por más

de un mes improductivo (artículo 525 del Código Civil), o si, terminada la tutela, resultase un saldo deudor en contra del tutor en la cuenta final que éste debe rendir (artículo 547 del Código Civil).

También integran la masa hereditaria los intereses legales y los frutos que produzca el dinero y los demás bienes colacionables desde la apertura de la sucesión (artículo 840 del Código Civil).

En el caso de las obligaciones de dar, cuando los gastos de conservación son asumidos por un deudor no propietario o por un tercero, el reintegro comprende lo gastado más sus intereses (artículo 1141 del Código Civil).

Otro supuesto de pago de intereses legales —como antes lo señalamos— se presenta en el caso del pago indebido recibido de mala fe (artículo 1269 del Código Civil).

En el contrato de mutuo —caso en el cual se presume la existencia de intereses—, de no haber pactado las partes el devengamiento de los mismos, el deudor se encontrará obligado al pago del interés legal.

Caso distinto sería el supuesto en que las partes hubieran pactado el pago de intereses, pero sin fijar su monto, pues en esta hipótesis regiría el artículo 1245 del Código Civil, de modo que el deudor estaría obligado al pago de un interés convencional de tasa legal.

Igualmente, tienen derecho al pago de intereses legales, el acreedor de una obligación dineraria vencida e impaga (artículo 1324 del Código Civil), el mandatario (artículo 1796, inciso 3, del Código Civil), el fiador (artículo 1890, inciso 2, del Código Civil) y quien aproveche las ventajas de la gestión de negocios (artículo 1952 del Código Civil).

Finalmente, cuando se trata del supuesto ya citado de responsabilidad extracontractual (artículo 1985 del Código Civil).

Creemos que no sería posible exigir el pago de intereses legales en ningún otro supuesto previsto por el Código Civil Peruano.

Por otra parte, de lo expresado hasta este momento respecto de los intereses convencionales, legales, compensatorios y moratorios, podemos apreciar que son susceptibles de presentarse los siguientes tipos o clases de interés:

(a) Interés convencional compensatorio, esto es aquel fijado por acuerdo de partes y que compensa el uso del dinero o cualquier otra clase de bien.

(b) Interés convencional moratorio, que es el fijado por convención de partes con la finalidad de indemnizar la mora en el pago.

(c) Interés legal compensatorio, o sea, el determinado por mandato de la ley y que compensa el uso del dinero o cualquier otra clase de bien.

(d) Interés legal moratorio, el mismo que es fijado por mandato de la ley con el fin de indemnizar la mora en el pago.

Antes de finalizar estas reflexiones, debemos reiterar que la tasa de interés legal regirá tanto para el caso de los intereses compensatorios cuanto para el caso de los intereses moratorios, cuando se hubiese celebrado un contrato en el cual se pacte que la obligación principal genera intereses, pero sin señalarse la tasa aplicable.

## 6. PAGO DEL INTERÉS POR MORA

Producido el retardo culposo o doloso del deudor en el cumplimiento de la prestación debida y ante la concurrencia de los requisitos para el devengamiento de intereses moratorios, por acuerdo de partes o mandato de la ley, dicho deudor estará obligado a su pago.

Bajo esta perspectiva, el artículo 1246 del Código Civil Peruano establece que si los contratantes no pactan el pago de un interés moratorio, el deudor se encontrará obligado al pago de un determinado tipo de interés por causa de mora, que, según sea el caso, se tratará del interés compensatorio o del interés legal. El supuesto de esta norma es entonces uno de devengamiento legal de interés moratorio:

> Artículo 1246.- *«Si no se ha convenido el interés moratorio, el deudor sólo está obligado a pagar por causa de mora el interés compensatorio pactado y, en su defecto, el interés legal».*

El referido artículo 1246 ha previsto un orden entre los tipos de interés que, a partir de la constitución en mora del deudor, habrán de devengarse en calidad de intereses moratorios. Dichos intereses son, en primer lugar, el convencional compensatorio y, en segundo término, el legal.

Así, conforme al aludido precepto, de no haberse acordado el interés moratorio, el deudor debe pagar el interés compensatorio pactado, el mismo que se devengará a partir de la fecha de la constitución en mora como interés moratorio. Sólo en ausencia del interés convencional compensatorio, el deudor pagará el interés legal en calidad de moratorio.

En este orden de ideas, es necesario precisar que el mandato del artículo 1246 debe ser concordado con el artículo 1324 del propio Código Civil. De este modo, cuando no se ha pactado el interés moratorio, el deudor sólo estará obligado al pago del interés convencional compensatorio, en tanto que su monto sea mayor al de los intereses legales.

Dice el artículo 1324 del Código Civil que: «*Las obligaciones de dar sumas de dinero devengan el interés legal que fija el Banco Central de Reserva del Perú, desde el día en que el deudor incurra en mora, sin necesidad de que el acreedor pruebe haber sufrido daño alguno. Si antes de la mora se debían intereses mayores, ellos continuarán devengándose después del día de la mora, con la calidad de intereses moratorios*».

Es así que desde la fecha en la que se constituyó en mora al deudor, el acreedor tiene derecho a exigir el pago del interés convencional compensatorio que venía devengándose antes de la mora —pero en calidad de interés moratorio—, siempre que no se haya convenido el interés moratorio, y en la medida en que la tasa de interés compensatorio pactada sea mayor a la tasa del interés legal que fija el Banco Central de Reserva del Perú, con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1244 del Código Civil.

En este sentido, expresa Cárdenas Quirós[142] que el precepto contenido en el artículo 1246 se vincula con el artículo 1324 del Código Civil, el cual regula específicamente el interés que devengan las obligaciones de dar sumas de dinero en el supuesto de mora del deudor.

Así, en este último caso, el interés legal constituye el resarcimiento por el incumplimiento del deudor, esto es, por la falta de entrega oportuna de la suma de dinero al acreedor.

---

142 CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. En: ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984. Los Derechos Reales*. Lima: Librería Studium, 1991, tomo II, p. 249.

De otro lado, precisa advertirse que, a primera vista, el mandato legal del artículo 1246 del Código Civil parecería no revestir mayor dificultad. Empero, es éste otro de los temas más controversiales del llamado interés convencional; ello, en razón a que no existe un criterio unívoco respecto del interés que el deudor se encuentra obligado a pagar a partir de la mora.

Sobre el particular se ha dicho que una vez producido el incumplimiento de la obligación principal, no es posible hablar de interés compensatorio, ya que éste, al tener por disposición de la ley la función de compensar el uso del dinero o cualquier otro bien, sólo procedería aplicarse durante la vigencia del plazo establecido en el contrato para el cumplimiento de la obligación; esto es, cuando el deudor, en virtud del título de la obligación contraída, mantiene legítimamente en su poder el dinero o el bien entregado por el acreedor. En consecuencia, el interés generado a partir del incumplimiento únicamente podría ser interés moratorio.

Debe precisarse que esta posición sostiene que el interés generado a partir del incumplimiento es únicamente el moratorio, atendiendo a la distinta finalidad que corresponde desempeñar al interés compensatorio y al moratorio, pues ésta los hace excluyentes entre sí. De este modo, no se considera correcta la solución planteada al desdoblar el interés generado a partir de la mora, en un interés compensatorio y en uno moratorio.

Por consiguiente, se sostiene, los intereses compensatorios corren hasta la fecha de la constitución en mora, pues ésta tiene la virtud de suspender el curso de aquéllos. En consecuencia, el interés moratorio no es susceptible de adicionarse al interés compensatorio o, en su defecto, al legal.

El interés compensatorio, entonces, sólo debe generarse durante el plazo que acreedor y deudor han acordado para el pago. Producida la mora, el único interés que corresponde aplicar debe ser el moratorio.

Una posición distinta sostiene que el interés sobreviniente al incumplimiento puede distinguirse en dos componentes: uno compensatorio y el otro moratorio. En tales términos, el interés moratorio podría cobrarse en forma adicional al compensatorio. Por ello se ha dicho que a partir del incumplimiento el interés a pagar es la sumatoria del interés compensatorio —o, en su defecto, el legal— y del interés moratorio.

Esta opinión considera que correspondiendo los intereses compensatorios al uso que se hace de un dinero o bien ajeno, aquéllos deberán seguir su curso, en tanto el deudor no pague lo adeudado al acreedor.

Conforme a las consideraciones que venimos analizando, el interés sobreviniente al incumplimiento de la obligación principal, ante la ausencia de un interés convencional moratorio, es el interés compensatorio pactado o, en su defecto, el interés legal.

Creemos, sin embargo, que la polémica generada en torno a este tema debe resolverse desde la perspectiva que desarrollamos a continuación.

La cuestión de fondo no está por el lado de la diversa finalidad que asiste a cada tipo de interés o por la posible incompatibilidad entre uno y otro. Debemos atenernos, únicamente, al tipo de devengamiento de las distintas clases de interés.

En este sentido, precisa recordarse que el interés compensatorio se devenga sólo cuando se haya pactado, a diferencia del interés moratorio, al que asiste un devengamiento convencional o, en su defecto, legal. Por su parte, el interés legal se devenga por mandato de la ley.

De lo dicho hasta el momento, pueden observarse los siguientes supuestos:

*– Si sólo se pactó interés compensatorio.*

Cuando las partes hayan acordado únicamente el pago de un interés compensatorio, éste se devengará hasta la fecha del pago efectivo, salvo que, por incurrir el deudor en mora, sean de aplicación los artículos 1246 y 1324 del Código Civil, de modo que a partir de la fecha en que el deudor esté incurso en mora se devengará el interés compensatorio pactado en calidad de moratorio, si éste es mayor al interés legal.

No obstante lo expresado, si el interés legal fuese superior al interés convencional compensatorio —conforme hemos venido anotando—, será dicho interés legal el que deberá devengarse como moratorio hasta la fecha del pago efectivo.

*– Si sólo se pactó interés moratorio.*

En caso que sólo se hubiera convenido el pago de intereses moratorios a partir de la fecha en que esté en mora el deudor, únicamente se devengarán los intereses convencionales moratorios hasta el día del pago.

*– Si no se pactó interés compensatorio ni moratorio.*

En el supuesto en que las partes no hubiesen acordado el pago de un interés compensatorio ni moratorio, producida la mora deberá devengarse el interés legal en calidad de interés moratorio, por ser de aplicación lo dispuesto en los artículos 1246 y 1324 del Código Civil Peruano.

*– Si se pactaron intereses compensatorios y moratorios.*

Cuando las partes pacten previa y diligentemente el devengamiento de un interés compensatorio, a fin de obtener una retribución o ganancia que compense el costo de oportunidad del capital prestado y, además, un interés moratorio, con la finalidad de que este último indemnice los daños que una posible mora en el pago pueda ocasionar, la ley premia esa diligencia permitiendo que, después de la constitución en mora del deudor, ambos tipos de interés se devenguen sobre el capital.

En consecuencia, en el caso en que exista un pacto expreso sobre el cobro de intereses compensatorios y moratorios, el acreedor, a partir de la fecha en que incurra en mora el deudor, recibirá un interés efectivo adicional al compensatorio, mediante el cual se sanciona al deudor incumplido y se indemniza al acreedor perjudicado.

En este sentido, una nota aclaratoria del Banco Central de Reserva del Perú (publicada en mayo de 1991 en el diario oficial *El Peruano* y en otros medios de comunicación locales) respecto a la determinación del interés moratorio, señala que éste se cobra sólo cuando se haya pactado, a partir de la fecha en que el deudor incurre en mora, sin perjuicio del cobro del interés convencional compensatorio y de las comisiones autorizadas y pactadas que se perciben sobre el saldo del capital impago, aun cuando el plazo no esté vencido o, en su caso, sin perjuicio del interés legal.

Se precisó, además, que el interés moratorio se cobra únicamente sobre el monto de la deuda correspondiente al capital impago cuyo plazo esté vencido. Por tanto, en los casos en que la devolución del préstamo se efectúe por cuotas, el cobro del interés moratorio procede sólo sobre la parte correspondiente al capital de las cuotas vencidas e impagas, mientras éstas se mantengan en tal situación.

Estas consideraciones fueron complementadas por la Circular n.° 021-2007-BCRP, publicada con fecha 30 de septiembre de 2007.

Se ha dicho que la decisión del Banco Central de Reserva del Perú de mantener diferenciada la tasa de interés compensatorio de la tasa de interés moratorio, de manera que esta última pueda adicionarse a la primera cuando el deudor incurre en mora, obedece a que ha sido práctica comercial generalizada aplicar el cálculo de la mora por encima de los intereses compensatorios.

## 7. INTERESES EN OBLIGACIONES NO PECUNIARIAS

Ante la pregunta de si toda deuda principal es susceptible de generar intereses, señalamos que en doctrina no hay un criterio uniforme.

En este sentido recordamos que, según la naturaleza de la prestación, las obligaciones son de dar, hacer o no hacer, las mismas que —a su vez— tienen por objeto bienes, en el caso de las obligaciones de dar; servicios u obras, tratándose de las obligaciones de hacer; y abstenciones —de dar o de hacer—, en las obligaciones de no hacer.

Al respecto expresa Fernández Cruz[143] que si estamos ante una obligación con prestación de dar, en la medida de que lo que es susceptible de entrega son bienes, cabe preguntarse si todo bien, en principio, puede producir nuevos bienes. La respuesta es afirmativa, en la medida en que esos nuevos bienes se conciben como provechos renovables que producen los bienes originalmente debidos.

Pero si estamos ante obligaciones con prestación de hacer o de no hacer, cuyos objetos son —respectivamente— el servicio (o el servicio que da lugar a la producción de la obra) y la abstención, ¿podemos afirmar que dichos servicios o abstenciones producen nuevos servicios y abstenciones a su vez? La respuesta es negativa, desde que la naturaleza misma del servicio y la abstención impiden la producción de intereses.

De esta manera, se concluye que sólo en las obligaciones con prestaciones de dar pueden generarse intereses.

Nuestro Código Civil parecería llegar a la misma conclusión, al prescribir en el artículo 1242 que el interés es compensatorio cuando

---

143 FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. «La naturaleza jurídica de los intereses: Punto de conexión entre Derecho y Economía». En: *Revista Derecho*. Lima: Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, n.° 45, 1991.

constituye la contraprestación por el uso del dinero o cualquier otro bien.

En consecuencia, bajo nuestro ordenamiento jurídico debe considerarse como cierta la tesis doctrinaria que sostiene que toda obligación de capital es susceptible de generar intereses.

En este orden de ideas, debemos anotar que suele confundirse el carácter pecuniario o no de la obligación principal —de la que la deuda de intereses es obligación accesoria— y el carácter que esta última puede adoptar.

Pensamos que el carácter de la obligación principal no determina el de la obligación de dar intereses.

Un supuesto es que el objeto de la obligación principal —de la que los intereses se devengan— pueda consistir en sumas de dinero o en bienes, y otro, el hecho de que el interés pueda pagarse ya sea en sumas de dinero o en especie.

Habiéndose precisado la procedencia del pago de intereses en una obligación principal no dineraria, es menester hacer referencia al supuesto del artículo 1247 del Código Civil Peruano:

> Artículo 1247.- *«En la obligación no pecuniaria, el interés se fija de acuerdo al valor que tengan los bienes materia de la obligación en la plaza donde deba pagarse al día siguiente del vencimiento, o con el que determinen los peritos si el bien ha perecido al momento de hacerse la evaluación».*

Dicho precepto ha dispuesto cuál es el valor sobre el que habrán de aplicarse los intereses a pagar, cuando el objeto de la obligación principal no sea una suma de dinero.

En este sentido, conforme lo señala la norma, en las obligaciones no pecuniarias el interés se fija sobre el valor de los bienes materia de la obligación en la plaza donde deba pagarse, considerando como tal valor el que aquéllos tuviesen al día siguiente del vencimiento de la obligación.

En caso de que los bienes objeto de la obligación principal hubiesen perecido al tiempo de hacerse la evaluación, el interés a devengarse se fijará de acuerdo con el valor que determinen los peritos.

Para precisar la licitud de la tasa de interés pactada, señala Gastón Fernández Cruz, se requerirá un proceso de conversión a dinero, al constituir éste el común denominador del valor de todos los bienes y servicios, lo que no significa que lo que deba pagarse por concepto de interés sea una prestación dineraria, sino sólo la certeza de si la cuantía del interés está o no lícitamente determinada.

Es éste, entonces, el procedimiento a seguir para fijar el interés generado por una obligación no pecuniaria.

Otra cuestión a saber relativa a los intereses en obligaciones no pecuniarias es la referida al tipo de intereses que son susceptibles de devengarse en esta clase de obligaciones.

Respecto al devengamiento de los intereses compensatorios en una obligación no pecuniaria, no existe mayor discrepancia.

Así, es posible que los intereses compensatorios sean concretados en otros bienes distintos al dinero, y que sean bienes de la misma especie y calidad de aquéllos prestados. Por ejemplo, si se tratase de un contrato de mutuo en el cual se hubiesen prestado manzanas con intereses, pueden ocurrir dos supuestos:

(a) Que el pago de dichos intereses se hubiese pactado en manzanas.

(b) Que el pago de dichos intereses se hubiese pactado en dinero.

Para el primer supuesto, será fácil calcular el pago del interés pactado, pues resultará de efectuar una simple operación aritmética entre el número total de manzanas mutuadas y la tasa pactada.

Sin embargo, para el segundo supuesto tal operación no resultaría sencilla a simple cálculo, ya que habría que avaluar las manzanas mutuadas para, en base a dicho valor (capital mutuado), calcular el monto del interés pactado.

El valor a tomar en consideración, según lo establece el artículo 1247 del Código Civil, es:

- O el que tenga dicho bien en la plaza donde deba pagarse al día siguiente del vencimiento (de existir el bien).

- O el que determinen los peritos, si el bien hubiese perecido al momento de hacerse la valorización.

Antes de finalizar estas reflexiones aclaramos que nada impediría que al tiempo de celebrarse el contrato, o luego, las partes señalen

un valor de referencia al bien prestado o mutuado, o simplemente objeto de la obligación de dar. Consideramos que en tal caso, sin embargo, no regirían los supuestos previstos por el artículo 1247 del Código Civil.

## 8. INTERESES EN OBLIGACIONES CONSISTENTES EN TÍTULOS VALORES

El artículo 1248 del Código Civil Peruano prevé la cuantía o monto de los intereses que el deudor se encuentra obligado a pagar por causa de mora, cuando la obligación consta en un título valor:

> *Artículo 1248.- «Cuando la obligación consiste en títulos valores, el interés es igual a la renta que devenguen o, a falta de ella, al interés legal. En este último caso, se determina el valor de los títulos de acuerdo con su cotización en la bolsa o, en su defecto, por el que tengan en la plaza el día siguiente al de su vencimiento».*

En caso de que el deudor retarde culposa o dolosamente el pago de una obligación, la misma que está representada por un título valor, es decir, por un documento al que se le han incorporado derechos y que está destinado a la circulación, deberá devengarse un interés con la calidad de moratorio, cuyo monto será igual a la renta que genere dicho título valor o, a falta de ella, a la tasa del interés legal.

Anotamos que el mandato legal del precepto señala, además, el valor sobre el cual han de aplicarse los intereses moratorios, siempre que su cuantía sea la tasa legal. Así, tenemos que dicho valor deberá determinarse de acuerdo con la cotización en Bolsa que presenten los títulos valores en los que consta la obligación principal —de la que la deuda de intereses es obligación accesoria—.

No obstante lo expresado, cuando la obligación consta en títulos valores no cotizados en Bolsa, los intereses deberán aplicarse sobre el valor que dichos títulos tengan en la plaza al día siguiente del vencimiento de la obligación.

Por estas consideraciones, el análisis del artículo 1248 del Código Civil debe efectuarse en concordancia con el régimen legal del Mercado de Valores.

Pensamos que el vocablo «bolsa» que consigna el artículo 1248 se refiere al difundido concepto de Rueda de Bolsa, ya que la Bolsa de

Valores en el Perú tradicionalmente ha negociado valores a través del mecanismo de Rueda de Bolsa.

En cuanto a los caracteres específicos del mercado bursátil y extrabursátil —para una mejor comprensión del artículo 1248 del Código Civil—, particularmente interesa referirnos a la formación de precios.

En el mercado bursátil la formación de precios se verifica de acuerdo con las cotizaciones y con las leyes de oferta y demanda. Cotización es el precio que alcanzan los valores negociados en Rueda y que sirve de precio base para las nuevas propuestas de venta o de compra.

La cotización, asimismo, puede distinguirse en máxima, media o mínima, y en cotización de cierre y cotización media trimestral. Según anota Vidal Ramírez,[144] la cotización máxima es el precio máximo alcanzado por un valor durante la Rueda. La cotización media es el promedio de los precios en que ha fluctuado un valor durante la Rueda. La cotización mínima es el precio mínimo registrado por un valor durante la Rueda.

La cotización de cierre, en cambio, es el precio de un valor alcanzado en la última transacción realizada en Rueda. La cotización media trimestral, por su parte, es el promedio ponderado de las cotizaciones que haya alcanzado un determinado valor en el curso de tres meses consecutivos, y según el importe de las transacciones que intervienen para establecer el promedio, debiendo el valor correspondiente haber alcanzado no menos de seis cotizaciones en el trimestre respectivo, y, por lo menos, una en cada uno de los meses del trimestre.

De otro lado, debemos señalar que las cotizaciones son establecidas respetando los márgenes del mercado, vale decir, los topes en los que pueden fluctuar los precios propuestos de compra o de venta.

En este orden de ideas, cabe preguntarse: ¿a qué tipo de cotización se refiere el artículo 1248 del Código Civil Peruano?

Pensamos que la citada norma parecería referirse a la cotización de cierre, toda vez que su significado es el que presenta mayor cercanía al concepto de cotización.

---

144 VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *La Bolsa en el Perú*. Lima: Editorial Cultural Cuzco, 1988, p. 116.

Por otra parte, el empleo en el artículo 1248 del término «cotización» —que por definición es el precio de los valores negociados en «Rueda de Bolsa»—, permite ratificarnos en las expresiones vertidas con anterioridad.

En lo referente a la formación de precios en el mercado extrabursátil, ésta se lleva a cabo a través de las leyes de oferta y demanda, pero con la particularidad de no determinar la fijación de un precio base o cotización para las operaciones sobre el mismo título en la sesión de Mesa siguiente, como sí ocurre en el mercado bursátil.

En el mercado extrabursátil, en tanto mecanismo de negociación de valores de renta fija, se establece tan sólo un precio de referencia, el cual es resultado de las operaciones que se han efectuado con relación a cada título.

Cabe señalar, además, que el precio de referencia se expresa porcentualmente a tanto por ciento del valor nominal del título.

Al establecer la primera parte del artículo 1248 del Código Civil Peruano que el interés debe ser igual a la renta que devenguen los títulos valores en los que consta la obligación, es menester preguntarse ¿qué títulos valores generan renta?

La solución a dicha interrogante debe plantearse desde la perspectiva del Derecho Bursátil, toda vez que —en estricto— los títulos valores no generan renta, como en el caso de la letra de cambio, el cheque o el pagaré; sino dividendos, tratándose de las acciones; los intereses, en el caso de las obligaciones; o la obtención de un diferencial dinerario, tratándose de ciertos papeles comerciales. Empero, para el Derecho Bursátil la sola posibilidad de negociar un título valor, hace suponer su rentabilidad.

Sobre el tema, enseña Vidal Ramírez que los títulos valores, según su rentabilidad, pueden ser de renta fija y de renta variable. Los valores de renta fija, como por ejemplo las obligaciones, son aquellos cuyos rendimientos están previstos en el instrumento de su emisión, por períodos, y están determinados por una tasa de interés y no por el resultado económico del ejercicio.

En cambio, los títulos valores de renta variable, como las acciones de capital o las laborales, son los que tienen su rentabilidad determinada por el resultado del ejercicio económico de la entidad emisora.

De acuerdo con estos razonamientos, pareciera que el artículo 1248 del Código Civil considera como títulos que no generan renta, a los títulos de renta variable y como títulos que generan renta, a los títulos de renta fija. De este modo, en caso de que un título valor genere renta, como por ejemplo los bonos, certificados bancarios, papeles comerciales, entre otros, devengaría un interés cuyo monto sería el mismo que la renta que genere.

En cambio, si un título valor no genera renta, produciría un interés cuya cuantía o monto sería igual a la tasa del interés legal.

En este último caso, si el título valor está cotizado en Bolsa, por ejemplo acciones Clase «A» de la Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston Sociedad Anónima Abierta, se devengaría el interés legal sobre el valor de «cierre de cotización» del día que corresponda.

En caso de que el título valor no esté cotizado en Bolsa, se devengaría el interés legal sobre el valor que dicho título tenga en plaza.

Pensamos que cuando en el artículo 1248 se hace referencia al valor que tengan los títulos valores en la plaza «al día siguiente de su vencimiento», se incurre en un desacierto, toda vez que los valores que se transigen en Rueda de Bolsa, usualmente acciones de capital y laborales, no vencen. De allí que consideremos que el referido numeral habría debido expresar la frase «al día siguiente al que se genere la obligación».

Antes de finalizar nuestros comentarios debemos recordar que el artículo 1248 del Código Civil se inspiró en el derogado artículo 311 del Código de Comercio Peruano, que tenía por objeto establecer la forma en que debían calcularse los intereses moratorios cuando la obligación consistía en títulos o valores.

El mencionado artículo 311 del Código de Comercio, derogado por el propio Código Civil de 1984, establecía lo siguiente:

> Artículo 311.- «*Los deudores que demoren el pago de sus deudas después de vencidas, deberán satisfacer desde el día siguiente al vencimiento, el interés pactado para este caso, o en su defecto el legal.*
>
> *Si el préstamo consistiere en especies, para computar el rédito se graduará su valor por los precios que las mercaderías pres-*

*tadas tengan en la plaza en que deba hacerse la devolución el día siguiente del vencimiento, o por el que determinen peritos, si la mercadería estuviese extinguida al tiempo de hacerse su valuación.*

*Y si consistiere el préstamo en títulos o valores, el rédito por mora será el que los mismos valores o títulos devenguen, o en su defecto el legal, determinándose el precio de los valores por el que tengan en Bolsa, si fueren cotizables, o en la plaza en otro caso, el día siguiente al del vencimiento».*

Se ve claramente que el artículo 1248 del Código Civil es fruto de la inclusión en el Libro de Derecho de Obligaciones del tercer párrafo del derogado artículo 311 del Código de Comercio Peruano.

De acuerdo con la interpretación que efectuamos del artículo 1248 del Código Civil, podríamos llegar a idénticas conclusiones sin esa norma, sobre la base de los restantes artículos relativos al tema del pago de intereses que contiene el propio Código, ya que dicho precepto constituye uno de los puntos de conexión entre el Derecho Civil y la normatividad del Mercado de Valores.

Para finalizar, recordamos que los intereses a los que alude el artículo 1248 del Código Civil no se devengan de los títulos valores, sino de la obligación civil en ellos contenida, cuando exista mora en el pago.

Sostenemos que el artículo 1248 del Código Civil se refiere únicamente al caso de mora en el pago de la obligación contenida o representada en un título valor (y no en la entrega del título valor), porque de existir otro supuesto pasible de estar contenido en la hipótesis de dicha norma, se trataría, evidentemente, del pago de un interés lucrativo o compensatorio.

## 9. LIMITACIÓN AL ANATOCISMO

Nuestra legislación prohíbe a los contratantes la estipulación anticipada sobre capitalización de intereses en el artículo 1249 del Código Civil, al establecer que no puede pactarse tal capitalización al momento en que se contrae la obligación principal (de la cual se derivan los intereses):

*Artículo 1249.- «No se puede pactar la capitalización de intereses al momento de contraerse la obligación, salvo que se trate de cuentas mercantiles, bancarias o similares».*

Anotamos, por otra parte, que la norma prohibitiva de capitalización anticipada de intereses contenida en el artículo 1249 del Código Civil, es de orden público, de suerte que el pacto que contraviene dicho mandato legal sería nulo. Ello, según lo previsto por el inciso 8 del artículo 219 del Código Civil.

Hay que recordar que el régimen de intereses en el Perú prevé un tratamiento diferenciado para las operaciones de crédito que realizan las entidades del sistema financiero nacional.

En efecto, las normas aplicables en materia de intereses difieren en función de la condición del agente que realiza la operación de crédito. Es por tal razón que el artículo 1249 del Código Civil exceptúa del principio que prohíbe la capitalización anticipada de intereses a las cuentas mercantiles, bancarias o similares.

De acuerdo con lo expresado es lícito en las operaciones del sistema financiero, el convenio sobre capitalización anticipada de intereses.

De este modo, el pago de intereses (compensatorios o moratorios) en el sistema financiero se efectuaría de dos maneras. Si se hubiese pactado capitalización de intereses, estos últimos se adicionarían al capital para que al vencer el período de capitalización, aquél —incrementado por los intereses— pueda ser liquidado. En el supuesto de mora del deudor, el interés moratorio se computará sobre el capital reajustado, adicionándose a éste mientras la mora persista. De no haberse convenido anatocismo, los intereses pactados únicamente se computarán sobre el capital original, debiendo ser pagados en la periodicidad acordada.

Por otra parte, cuando el pacto que contraviene la norma prohibitiva del anatocismo esté contenido en una cláusula contractual, la nulidad de la que adolece dicha cláusula no invalidará la totalidad del contrato, ya que éste adolecería únicamente de nulidad parcial.

En este sentido, anota Llambías[145] que la nulidad de la cláusula prohibida importa sólo la nulidad parcial del contrato que vincula a las

---

145 LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, tomo II-A, pp. 236 y 237.

partes, porque se refiere a la obligación accesoria de pagar los intereses capitalizados en infracción de la ley. Así, se trata de una nulidad de la obligación accesoria, relativa a esos intereses, que deja intacta la validez de la obligación principal.

De igual manera, Busso[146] expresa que la nulidad de una cláusula de anatocismo no afecta a otras cláusulas válidas de la convención, por lo cual el deudor no pierde el derecho a reclamar el capital y los intereses simples, que puedan corresponderle según el contrato.

Adicionalmente, Busso señala que si el deudor hubiera pagado intereses de aquéllos que la ley prohíbe, tendría a su favor una acción de reintegro por el valor de los mismos. Ese crédito podría ser compensado con las deudas que tuviera el propio deudor en concepto de intereses debidamente liquidados o de capital.

Para finalizar resulta pertinente reiterar que la prohibición de capitalizar intereses contenida en el artículo 1249 del Código Civil Peruano está dirigida al plano contractual como limitación a la autonomía de la voluntad, a fin de impedir abusos por parte del acreedor dentro del campo de la contratación. De allí se establece que no se puede pactar, desde el momento en el que se contrae una obligación, la capitalización de los intereses, salvo que un agente del sistema financiero se encuentre involucrado.

## 10. VALIDEZ DEL CONVENIO DE CAPITALIZACIÓN DE INTERESES

El artículo 1250 del Código Civil Peruano autoriza el pacto posterior sobre capitalización de intereses que celebren acreedor y deudor. La norma establece lo siguiente:

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

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

---

146 BUSSO, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, p. 326.

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

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

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

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

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

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

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

Para poder establecer si determinados intereses se han devengado por una deuda de capital o una deuda de intereses, deben tenerse en cuenta las reglas que rigen a la imputación de pago. En este sentido, encontramos que de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1257 del

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

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

Dicho esto, debemos referirnos a una cuestión adicional, a saber: el tipo de interés capitalizable.

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

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

De igual manera, Cárdenas Quirós[147] afirma que el artículo 1250 del Código Civil Peruano establece las reglas a las que debe sujetarse la capitalización de intereses respecto de créditos concertados entre personas ajenas al sistema financiero: el acuerdo debe celebrarse por escrito, después de contraída la obligación y mediando cuando menos un año de atraso en el pago de intereses, sin formular la ley distingo alguno en cuanto a la naturaleza de éstos. Sólo cumplidos esos requisitos, será posible la capitalización, cualquiera sea la naturaleza de los intereses.

Agrega Cárdenas que la capitalización de intereses puede operar tanto respecto de los intereses compensatorios, como a propósito de los intereses moratorios o legales devengados, desde el momento en que el

---

147 CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. «Intereses legales e indemnización de daños (Acerca del segundo párrafo del artículo 1985 del Código Civil)». En *Revista Ius et Veritas*. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N.° 8, año V, junio de 1994, p. 22.

artículo citado no hace distinción alguna: *ubi lex non distinguit nec non distinguere debemus.*

Precisamos anotar que en lo concerniente al cómputo y cobro de los intereses moratorios, se han suscitado múltiples cuestionamientos referidos a si éstos deben aplicarse sobre el capital e intereses, o únicamente sobre el capital.

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

Resulta adecuado puntualizar que el artículo 1250 del Código Civil Peruano, si bien permite la capitalización de intereses en los supuestos anotados, solamente regirá respecto de los intereses atrasados que se incluyan en él, mas no en relación a hipotéticos intereses aún no devengados y que no fueran pagados en el futuro.

El sentido del artículo 1250 es claro, al permitir una excepción al supuesto del numeral 1249, siempre y cuando se cumpla con los requisitos ahí señalados; ya que podría darse el caso de que al propio deudor le convenga efectuar una refinanciación de su deuda en esos términos, antes que ver ejecutado alguno de sus bienes en virtud de una acción judicial que pudiese entablarle su acreedor para cobrar la deuda.

También debemos precisar que la capitalización de intereses prevista por el artículo 1250 del Código Civil únicamente podrá llevarse a cabo por acuerdo de ambas partes, es decir, si ellas deciden celebrar un contrato (convenio) en tal sentido. De ningún modo se puede efectuar de manera unilateral.

Por último, anotamos que conforme al artículo 1250 del Código Civil, el acuerdo debe celebrarse por escrito, después de contraída la obligación y mediando cuando menos un año de atraso en el pago de los intereses. Se requiere, además, acuerdo posterior al vencimiento de los intereses y que la capitalización tenga lugar sólo sobre intereses vencidos y no por devengarse.

## Capítulo Tercero
## PAGO POR CONSIGNACIÓN

### 1. CONSIDERACIONES GENERALES

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

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

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

La consignación supone la liberación coactiva del deudor cuando la falta de colaboración del acreedor u otros obstáculos, imposibilitan el pago directo y espontáneo. Esta liberación, sin embargo, sólo opera con la ejecución de la prestación.

Por otra parte, el pago por consignación representa uno de los medios extintivos de las obligaciones que no es, de acuerdo a nuestro criterio sobre la idoneidad, el ideal, ya que al fin y al cabo constituye una situación anormal, derivada de la imposibilidad del deudor de pagar directamente al acreedor la prestación debida.

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

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

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

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

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

Cabe advertir que el pago por consignación reviste como una de sus características más notorias la de consistir necesariamente en un proceso judicial.

Es evidente que si el deudor agota todos los medios extrajudiciales a su alcance para efectuar el pago, y aun así desea pagar, deberá recurrir a la vía judicial.

## 2. REQUISITOS DE LA CONSIGNACIÓN

Para que pueda efectuarse un pago por consignación deben presentarse ciertos requisitos, los mismos que se encuentran establecidos en el artículo 1251 del Código Civil:

> *Artículo 1251.* – *«El deudor queda libre de su obligación si consigna la prestación debida y concurren los siguientes requisitos:*
>
> *1.- Que el deudor haya ofrecido al acreedor el pago de la prestación debida, o lo hubiere puesto a su disposición de la manera pactada en el título de la obligación.*
>
> *2.- Que, respecto del acreedor, concurran los supuestos del Artículo 1338 o injustificadamente se haya negado a recibir el pago. Se entiende que hay negativa tácita en los casos de respuestas evasivas, de inconcurrencia al lugar pactado en el día y hora señalados para*

*el cumplimiento, cuando se rehúse a entregar recibo o conductas análogas*».[148]

La lectura de la norma trascrita nos permite identificar los siguientes requisitos:

## 2.1. Existencia de una obligación

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

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

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

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

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

No obstante que la obligación natural está desprovista de «ejecutabilidad» y, por ende, el acreedor no puede exigir su cumplimiento, ello no significa que el deudor no pueda realizar el pago por consignación.

De otro lado, cabe señalar que la consignación en las obligaciones de dar bienes inciertos es un tema que ha preocupado desde tiempo atrás a la doctrina. Sin embargo, en nuestra opinión la ley peruana despeja cualquier duda al respecto.

---

148 Artículo vigente conforme a la Primera Disposición Modificatoria del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, aprobado por Resolución Ministerial n.° 10-93-JUS, publicada el 23 de abril de 1993.
La referida Resolución Ministerial n.° 10-93-JUS, recogió la modificación hecha anteriormente a este artículo por la Primera Disposición Modificatoria del Decreto Legislativo n.° 768, publicado el 4 de marzo de 1992.

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

Recordemos, respecto a las primeras, que conforme al artículo 1143 del Código Civil la elección corresponde al deudor, salvo que lo contrario resulte de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso. Si elige el deudor, el bien incierto se convierte en cierto y, por tanto, nada se opone a la consignación.

Si, a su turno, la elección corresponde al acreedor, y éste omite efectuarla dentro del plazo establecido o el fijado por el juez, ella corresponderá al deudor (artículo 1144 del Código Civil), quien luego de elegir obviamente puede consignar.

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

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

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

### 2.2. Voluntad de pago por parte del deudor

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

Por lo tanto, la consignación sólo procede cuando el acreedor rehúsa aceptar las ofertas reales. Únicamente si se ofrece el pago al acreedor, la consignación que le sucede libera al deudor. De este modo, si el

deudor quiere eximirse de responsabilidad debe empezar por ofrecer el pago de lo que debe.

### 2.3. Imposibilidad de efectuar un pago directo

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

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

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

De otro lado, el deudor deberá probar que el cumplimiento no se efectuó por la negativa del acreedor a recibir el pago. El deudor, entonces, tiene que demostrar que formuló ofertas reales de pago.

Conviene señalar que de acuerdo a lo prescrito en el inciso 2 del artículo 1251 del Código Civil se entiende que hay negativa tácita en los casos de respuestas evasivas, de inconcurrencia al lugar pactado en el día y hora señalados para el cumplimiento, cuando se rehúse a entregar recibo o conductas análogas.

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

- Negativa del acreedor a otorgar recibo.
- Rechazo a las reservas que se formulen al tiempo del pago.
- Negativa del deudor a la remisión de la deuda.
- Incapacidad del acreedor para recibir el pago.
- Ausencia del acreedor.

- Incertidumbre en el derecho del acreedor.
- Desconocimiento de la persona del acreedor.
- Tratándose de un crédito embargado.
- Tratándose de una deuda pignorada.
- Redención de hipotecas.

## 3. CLASES DE OFRECIMIENTO

El esquema planteado por el precepto contenido en el artículo 1252 distingue entre dos clases de ofrecimiento, el mismo que puede ser judicial o extrajudicial:

> Artículo 1252.- «*El ofrecimiento puede ser judicial o extrajudicial.*
>
> *Es judicial en los casos que así se hubiera pactado y además: cuando no estuviera establecida contractual o legalmente la forma de hacer el pago, cuando por causa que no le sea imputable el deudor estuviere impedido de cumplir la prestación de la manera prevista, cuando el acreedor no realiza los actos de colaboración necesarios para que el deudor pueda cumplir la que le compete, cuando el acreedor no sea conocido o fuese incierto, cuando se ignore su domicilio, cuando se encuentre ausente o fuera incapaz sin tener representante o curador designado, cuando el crédito fuera litigioso o lo reclamaran varios acreedores y en situaciones análogas que impidan al deudor ofrecer o efectuar directamente un pago válido.*
>
> *El ofrecimiento extrajudicial debe efectuarse de la manera que estuviera pactada la obligación y, en su defecto, mediante carta notarial cursada al acreedor con una anticipación no menor de cinco días anteriores a la fecha de cumplimiento debido, si estuviera determinado. Si no lo estuviera, la anticipación debe ser de diez días anteriores a la fecha de cumplimiento que el deudor señale».*[149]

---

149 Artículo vigente conforme a la Primera Disposición Modificatoria del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, aprobado por Resolución Ministerial n.° 10-93-JUS, publicada el 23 de abril de 1993.
La Resolución Ministerial n.° 10-93-JUS, recogió la modificación hecha anteriormente a este artículo por la Primera Disposición Modificatoria del Decreto Legislativo n.° 768, publicado el 4 de marzo de 1992.

### 3.1. Ofrecimiento judicial

A través del segundo párrafo del artículo 1252 se establece que el ofrecimiento judicial de pago procede en determinados casos, los mismos que la norma se encarga de enumerar:

#### *3.1.1. Cuando así se hubiera pactado entre acreedor y deudor*

Consideramos que éste es un supuesto exótico.

Ni en nuestra práctica profesional, ni en la realidad de los hechos, se encuentran obligaciones en cuyos títulos o causas fuentes, acreedor y deudor hayan pactado que el ofrecimiento deba hacerse a través de la vía judicial.

El pactar un ofrecimiento judicial obligatorio no tendría sentido alguno, puesto que entorpecería la manera en que el deudor debe cumplir la obligación. De no encontrarnos en ninguno de los otros supuestos o hipótesis del artículo 1252 del Código Civil, y estar el deudor en aptitud y capacidad para efectuar el ofrecimiento de pago a su acreedor, resulta inconcebible que la ley establezca como posibilidad —y más aún que las partes recurran a ella— que el deudor deba acudir al juez para, por su intermedio, ofrecer al acreedor la prestación debida.

Creemos que la ley ha previsto una hipótesis de laboratorio muy ajena a supuestos imaginables, por lo menos entre personas capaces.

Por ello consideramos que este primer supuesto de ofrecimiento judicial resulta absurdo y que nunca debió ser incorporado como norma del Código Civil.

#### *3.1.2. Cuando no estuviera establecida contractual o legalmente la forma de hacer el pago*

Ante todo debemos tratar de precisar qué ha querido dar a entender el Código Civil —en su modificatoria— como «forma de hacer el pago».

Creemos que cuando el precepto alude a la «forma de hacer el pago», se está refiriendo a la manera o modo en que el mismo debe ser efectuado.

Sobre este tema nos corresponde expresar algunas consideraciones.

Como sabemos, las obligaciones, según su naturaleza, pueden ser de dar, hacer o no hacer. Es claro, por tanto, que cada una de ellas deberá ejecutarse dando, haciendo o no haciendo.

Tampoco deja duda de que al momento de contraerse la obligación debe haberse señalado el contenido de la prestación a ejecutar, razón por la cual será precisamente esa prestación la que tendrá que ser cumplida. Ahora bien, al establecerse en qué consiste la prestación no habrá necesidad de precisiones adicionales acerca de la manera en que ésta deba ejecutarse, ya que ello resultará obvio.

Dentro de tal orden de ideas, consideramos que el segundo supuesto de ofrecimiento judicial previsto por el nuevo texto del artículo 1252 del Código Civil Peruano, no sólo resulta innecesario, sino que constituye una previsión que atenta contra la técnica jurídica.

### *3.1.3. Cuando por causa que no sea imputable al deudor, éste estuviera impedido de cumplir la prestación prevista*

Este tercer supuesto de ofrecimiento judicial de pago sólo tendría sentido en caso de que la causa no imputable al deudor, que impide el pago, sea temporal.

De lo contrario, no será posible hablar de ofrecimiento alguno, ya que la imposibilidad de la prestación genera efectos totalmente distintos.

### *3.1.4. Cuando el acreedor no realiza los actos de colaboración necesarios para que el deudor pueda cumplir la prestación que le compete*

Al analizar este supuesto debemos proceder con la mayor cautela. Lo que en él se establece es que procederá la consignación judicial «cuando el acreedor no realiza los actos de colaboración necesarios para que el deudor pueda cumplir la prestación que le compete».

Pero podríamos formular el siguiente razonamiento: Si para que el deudor cumpla resulta indispensable que el acreedor realice uno o más actos previos (como podría ser el caso del personaje famoso que tiene que posar personalmente para que lo retrate un pintor), sin la realización por parte del acreedor de esos actos el deudor estaría imposibilitado de cumplir.

Consecuentemente, si para cumplir resulta necesario que el acreedor preste su colaboración, entonces no podría haber cumplimiento ni ofrecimiento judicial para pagar.

### *3.1.5. Cuando el acreedor no sea conocido o fuese incierto*

Este supuesto contemplado por el artículo bajo comentario, como uno de los relativos al ofrecimiento judicial, si bien es cierto que constituye uno de carácter excepcional, a diferencia de los comentados precedentemente, resulta razonable en la ley civil peruana.

Por lo general, el deudor conoce quién es su acreedor. Esto, por la sencilla razón de que el nombre de tal persona o parte constará en el título constitutivo de la relación obligacional.

Pero podrían presentarse situaciones de excepción en las cuales, si bien al momento en que se constituyó la relación obligatoria el acreedor había sido conocido o susceptible de serlo, al tiempo en que se deba efectuar el pago la claridad de la situación no sea necesariamente la misma, debido a las más diversas razones.

El supuesto que imaginamos como más probable es aquél en el cual al momento de haberse constituido la obligación el acreedor haya estado determinado, pero que en el intervalo hubiera fallecido, y el deudor, al momento en que deba pagar, desconozca quiénes son los sucesores de su antiguo acreedor.

Dentro del mismo orden de ideas, podría ocurrir que el mencionado deudor conozca quiénes son los sucesores del acreedor, mas no en qué porcentaje participa cada uno de ellos en la sucesión, razón por la cuál no sabría con exactitud cómo verificar el pago.

También podría suceder que el acreedor, al tiempo de su fallecimiento, no deje herederos, vale decir, que al final sus bienes pasen a propiedad del Estado. En este caso el deudor podría efectuar un ofrecimiento judicial, por su derecho a liberarse de la obligación.

Aunque los casos anotados son los que con mayor probabilidad configurarían el supuesto del artículo 1252 del Código Civil, cabría imaginarse otros de acreedor desconocido o incierto.

### *3.1.6. Cuando se ignore el domicilio del acreedor*

Por regla general, el pago debe ser efectuado en el domicilio del deudor, salvo estipulación en contrario. Vale decir, el acreedor debe dirigirse al domicilio del deudor para cobrarle. En este caso no podríamos hablar de la necesidad de que el deudor conozca el domicilio del acreedor,

puesto que incluso si lo desconociese esta situación no tendría relevancia alguna, a menos que no se le cobre y quiera a forzar el pago.

El problema más frecuente se presenta cuando por pacto o por ley se ha establecido que la obligación deberá ser pagada en el domicilio del acreedor. Este será el supuesto en el cual el conocimiento que el deudor pueda o no tener acerca del domicilio del acreedor, adquirirá mayor importancia.

Aquí también sería de aplicación analógica lo dispuesto por el artículo 1239 del Código Civil, en el sentido de que si el acreedor cambia de domicilio, habiendo sido designado éste como lugar para el pago, el deudor podrá ejecutarlo en el primer domicilio o en el nuevo.

Ahora bien, el supuesto del modificado texto del artículo 1252 del Código, se refiere al desconocimiento por parte del deudor del domicilio del acreedor.

Esto equivale a decir que si el acreedor cambia de domicilio, y el deudor —que debe pagar en el domicilio del acreedor— sólo tiene conocimiento del domicilio primigenio, dicho deudor podrá pagar en cualquiera de los dos domicilios, pero por razones obvias sólo podría hacerlo en el original. Sin embargo, la situación prevista resultaría en la práctica imposible, pues ¿cómo podría pagarse en un lugar donde no se encuentra el acreedor, por más que la ley así lo establezca?

No obstante ello, debemos mencionar que no sería indispensable que el deudor efectuara el ofrecimiento judicial, pues bastaría con que cursara una carta notarial al primitivo domicilio del acreedor, y constara bajo fe de dicho funcionario que no ha sido recibida por no habitar allí la persona del acreedor. Este supuesto constituiría uno de mora creditoria.

### *3.1.7. Cuando el acreedor se encuentre ausente*

En nuestro Derecho, el término «ausencia», regulado por el Código Civil Peruano, está previsto en el Título VI, Sección Primera, Personas Naturales, del Libro I, Derecho de las Personas, que comprende los Capítulos I, de Desaparición, y II, de Ausencia, en estricto.

Ahora bien, la pregunta que nos corresponde formular en lo que respecta a este tema es si el texto del artículo 1252, al hacer referencia a «cuando el acreedor se encuentre ausente», está haciendo alusión a la ausencia judicialmente declarada, en estricto, o lo está haciendo en sentido

amplio, es decir, refiriéndose con ella al supuesto de desaparición de la persona judicialmente declarada, y también a la simple ausencia, o sea a aquélla que se produce por la no presencia del acreedor en su domicilio.

Dar respuesta a esta interrogante no es fácil, pero consideramos, sin embargo, que la modificatoria al artículo 1252 ha querido comprender las situaciones descritas, en la medida en que a todas ellas resulta de aplicación la norma.

Pero, no obstante lo expresado, precisa aclararse que si el deudor que debe pagar quiere hacerlo y encuentra que su acreedor se ha ausentado del domicilio señalado en el título de la obligación, podrá constituirlo fácilmente en mora y no recurrir a un proceso de ofrecimiento judicial de pago.

### *3.1.8. Cuando el acreedor fuera incapaz sin tener representante o curador designado*

Queda claro que el punto central de la incapacidad en relación con el pago de las obligaciones, está dado por lo dispuesto en el artículo 45, el mismo que establece que «*Los representantes legales de los incapaces ejercen los derechos civiles de éstos, según las normas referentes a la patria potestad, tutela y curatela*». Así, si un incapaz —absoluto o relativo— careciera de representante legal, y el deudor tuviera que pagarle, no podría hacerlo en razón de que dicha persona no tendría capacidad de ejercicio, y el pago deberá efectuarse, necesariamente, a su representante legal (padres, tutores o curadores, según fuere el caso).

Conviene recordar, además, que el Código Civil Peruano prescribe en su artículo 1227 que «*El pago hecho a incapaces sin asentimiento de sus representantes legales, no extingue la obligación. Si se prueba que el pago fue útil para el incapaz, se extingue la obligación en la parte pagada*».

En tal sentido, es muy improbable que alguien pague en estas circunstancias, pues podría verse obligado a pagar nuevamente, siguiendo el aforismo latino de que «quien paga mal paga dos veces».

Por ello, procederá el ofrecimiento judicial de pago cuando el incapaz a quien se tiene que pagar carece de representante legal.

Aunque no era indispensable establecer el principio legalmente, consideramos que de todos los supuestos de ofrecimiento judicial analizados hasta el momento, éste reviste la mayor idoneidad o pertinencia.

#### *3.1.9. Cuando el crédito fuera litigioso o lo reclamaran diversos acreedores*

Puede darse el caso de que un crédito sea litigioso o lo reclamen diversos acreedores.

En esta situación, el deudor obligado a pagar se verá ante un serio problema, pues no sabrá a quién hacerlo en la práctica, ya que más allá de aquél a quien él considere como el verdadero acreedor, la persona a la que pague no necesariamente será quien al final de cuentas resulte victoriosa en el debate o litigio existente en relación al crédito en cuestión.

Ahora bien, si de ofrecimiento judicial se trata, el mismo deberá efectuarse a todos aquellos comprendidos en la disputa o litigio sobre el crédito, de manera tal que el deudor se libere y no tenga ulteriores problemas, quedando entendido, desde luego, que la cobranza de lo consignado sólo podrá efectuarla quien resulte victorioso en el juicio, momento desde el cual tendrá eventualmente el derecho de impugnar la consignación, en caso de que considere que no constituye la prestación debida.

#### *3.1.10. Cuando se presenten situaciones análogas a las enumeradas anteriormente, que impidan al deudor ofrecer o efectuar directamente un pago válido*

Sin lugar a dudas podrían presentarse situaciones análogas a las descritas por el parágrafo segundo del artículo 1252 del Código Civil Peruano. A ellas alude la parte final del segundo párrafo del numeral comentado. No obstante, dada la exhaustiva enumeración del precepto, parece difícil encontrar supuestos adicionales.

### 3.2. Ofrecimiento extrajudicial

Por otro lado, en el tercer párrafo del artículo 1252 se señala que el ofrecimiento extrajudicial deberá efectuarse en la forma siguiente:

#### *3.2.1. De la manera que estuviera pactada la obligación*

Hemos señalado anteriormente que cuando el Código Civil hace referencia a la *manera*, alude a la forma o modo en que el deudor debe cumplir con la obligación frente a su acreedor.

Dentro de tal orden de ideas, resulta obvio que si el deudor desea cumplir con la obligación asumida, deberá hacerlo de la manera

prevista de acuerdo con el título de aquélla, con su naturaleza, con las circunstancias del caso o con la ley. También es evidente que si el deudor ofreciese cumplir en forma que no se ajustara a lo establecido en el título o acto constitutivo de la obligación o, en su caso, a las demás circunstancias enunciadas, el acreedor tendría derecho a oponerse, de acuerdo con el principio de identidad en el pago, ya que se estaría tratando de pagar con algo distinto al objeto de la obligación, o de un modo diferente.

### 3.2.2. *En defecto de la manera que estuviera pactada la obligación, el ofrecimiento extrajudicial deberá hacerse mediante carta notarial cursada al acreedor con una anticipación no menor de cinco días anteriores a la fecha de cumplimiento debido, si estuviera determinado*

Sobre la segunda forma que prescribe la norma para realizar el ofrecimiento extrajudicial, debemos mencionar que no la consideramos acertada, por exigir formalidades innecesarias.

Queremos expresar, por lo demás, que el ofrecimiento de pago no tiene, en rigor, por qué efectuarse mediante formalidad alguna, ya que lo más común será que el deudor ofrezca verbalmente al acreedor la realización del pago. Esto sería lo normal, lo natural, lo lógico, aquello que hace todo deudor con intención de cumplir respecto de su acreedor. La no exigencia de formalidades obedece a que debemos presumir que la relación existente entre ambas partes es de buena fe y que no hay razón alguna para recurrir a la vía notarial para efectuar el ofrecimiento.

En tal sentido, el ofrecimiento extrajudicial no tendría por qué verificarse, en principio, a través de carta notarial. Sin embargo, entendemos que el recurrir al envío de una carta notarial debe constituir la última vía de la que dispone el deudor antes de acudir a la consignación judicial, como prueba de que su acreedor se ha negado a recibir el pago, a pesar de haber mediado un ofrecimiento fehaciente.

Pero este es, en buena cuenta, un último recurso extrajudicial, lo que no significa que deba ser un medio normal de ofrecer el pago.

Por lo demás, la anticipación de cinco días establecida por el precepto bajo comentario, supone que el deudor intuye la negativa del

acreedor, ya que no será usual que el deudor ofrezca pagar antes de la fecha en que corresponda hacerlo y, en tal caso, el acreedor tendrá todo el derecho para negarse a recibir un pago anticipado, salvo que esté previsto lo contrario.

En ese sentido, sería absurdo interpelar a alguien previamente al vencimiento de la obligación, pues equivaldría a pretender constituirlo en mora antes de que legalmente pueda estar en tal situación jurídica.

Es evidente que no resulta lógico exigir un ofrecimiento de pago anticipado, ya que esta situación contravendría lo dispuesto por el Código Civil en lo referente al plazo suspensivo, regulado en el artículo 178 del referido cuerpo legal, en donde se dice que, cuando el plazo es suspensivo, el acto no surte efecto mientras se encuentre pendiente. Esta norma podría ser concordada con el numeral 1240, el mismo que señala que las obligaciones deben cumplirse, a falta de plazo designado, inmediatamente después de contraídas.

#### 3.2.3. *En el mismo supuesto anterior, pero en caso de que la fecha del cumplimiento no estuviera determinada, el ofrecimiento extrajudicial deberá hacerse mediante carta notarial cursada al acreedor con una anticipación no menor de diez días anteriores a la fecha de cumplimiento que el deudor señale*

En lo que respecta a este supuesto debemos recordar lo previsto por el artículo 182 del Código Civil, en el sentido de que *«Si el acto no señala plazo, pero de su naturaleza y circunstancias se dedujere que ha querido concederse al deudor, el juez fija su duración. – También fija el juez la duración del plazo cuya determinación haya quedado a voluntad del deudor o un tercero y éstos no lo señalaren. – La demanda se tramita como proceso sumarísimo»*.

Dentro de tal orden de ideas, lo dispuesto por el tercer párrafo del artículo 1252 del Código Civil, en el sentido de que cuando no se ha determinado el plazo el deudor lo señala, colisiona con la normatividad referente al plazo que acabamos de citar.

## 4. OFRECIMIENTO JUDICIAL DE PAGO, CONSIGNACIÓN Y OPOSICIÓN

El artículo 1253 se encarga de distinguir el trámite entre el ofrecimiento judicial y el extrajudicial:

> *Artículo 1253.- «El ofrecimiento judicial de pago y la consignación se tramitan como proceso no contencioso de la manera que establece el Código Procesal Civil.*
>
> *La oposición al ofrecimiento extrajudicial y, en su caso, a la consignación efectuada, se tramitan en el proceso contencioso que corresponda a la naturaleza de la relación jurídica respectiva».*[150]

Conforme a este precepto, el ofrecimiento judicial de pago y la consignación se tramitan como proceso no contencioso, de la manera que establece el Código Procesal Civil.

Por otro lado, conforme a lo previsto por el segundo párrafo del nuevo texto del artículo 1253 del Código Civil, la oposición al ofrecimiento extrajudicial y, en su caso, a la consignación efectuada, se tramitan en el proceso contencioso que corresponda a la naturaleza de la relación jurídica respectiva.

Dentro de tal orden de ideas, podemos decir que serían susceptibles de presentarse diferentes escenarios, dependiendo de qué tipo de proceso corresponde, en principio, a la naturaleza de la relación jurídica. Así, podríamos estar, por ejemplo, ante un proceso de conocimiento, o uno abreviado.

Lo primero que cabe señalar es que la norma contenida en el artículo 1253 distingue correctamente el ofrecimiento judicial y la consignación. Ambos se tramitan en un proceso no contencioso.

Sin embargo, de acuerdo con el Sub-Capítulo 7, Ofrecimiento de Pago y Consignación, de la Sección Sexta, Procesos No Contenciosos, del Código Procesal Civil, advertimos ciertos aspectos que cabe anotar. Por ejemplo, que no habría diferencia alguna, en cuanto al proceso se refiere, para la oposición al ofrecimiento judicial o al extrajudicial, o que el ofrecimiento extrajudicial dependería de la diligencia del notario que lo tuviera a su cargo, pues él debería hacerse cinco días antes del vencimiento de la obligación.

---

150 Artículo vigente conforme a la Primera Disposición Modificatoria del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, aprobado por Resolución Ministerial n.° 10-93-JUS, publicada el 23 de abril de 1993.
La Resolución Ministerial n.° 10-93-JUS, recogió la modificación hecha anteriormente a este artículo por la Primera Disposición Modificatoria del Decreto Legislativo n.° 768, publicado el 4 de marzo de 1992.

## 5. MOMENTO EN QUE SURTE EFECTOS LA CONSIGNACIÓN

La siguiente interrogante que el Código Civil se encarga de resolver es a partir de cuándo surte efectos la consignación, solución que se encuentra plasmada en el artículo 1254:

> *Artículo 1254.- «El pago se reputa válido con efecto retroactivo a la fecha de ofrecimiento, cuando:*
>
> *1.- El acreedor no se opone al ofrecimiento judicial dentro de los cinco días siguientes de su emplazamiento;*
>
> *2.- La oposición del acreedor al pago por cualquiera de las formas de ofrecimiento, es desestimada por resolución con autoridad de cosa juzgada.*
>
> *El ofrecimiento judicial se entiende efectuado el día en que el acreedor es válidamente emplazado. El extrajudicial se entiende efectuado el día que es puesto en conocimiento».*[151]

En principio, el precepto parte de la premisa de que la consignación que prospere tendrá efecto retroactivo al momento del ofrecimiento de pago. Ello concuerda con los fundamentos del texto original del artículo 1254.

Pero luego la norma intenta ser más explícita, efectuando una enumeración de los casos en los cuales dicha consignación surte los efectos del pago de manera retroactiva.

Así el artículo 1254 dispone que el efecto retroactivo se dará cuando:

### 5.1. El acreedor no se opone al ofrecimiento judicial dentro de los cinco días siguientes a su emplazamiento

Sobre esta materia anotamos que al retrotraer el precepto el pago válido a la fecha del ofrecimiento, se está considerando pagada la obligación aun cuando no haya vencido (el ofrecimiento debe hacerse cinco

---

151 Artículo vigente conforme a la Primera Disposición Modificatoria del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, aprobado por Resolución Ministerial n.° 10-93-JUS, publicada el 23 de abril de 1993.

La Resolución Ministerial n.° 10-93-JUS, recogió la modificación hecha anteriormente a este artículo por la Primera Disposición Modificatoria del Decreto Legislativo n.° 768, publicado el 4 de marzo de 1992.

o diez días antes del vencimiento), es decir que se estaría realizando una suerte de pago anticipado.

Parecería, asimismo, que aun cuando en la obligación se hubiese convenido el plazo en beneficio del acreedor, éste no podría negarse a aceptar el pago antes del vencimiento.

Lo expresado tiene su fundamento en que la norma bajo comentario debe ser concordada con el nuevo texto del tercer párrafo del artículo 1252 del propio Código Civil, cuando alude al ofrecimiento extrajudicial y señala que el mismo debe efectuarse de la manera que estuviera pactada la obligación y, en su defecto, mediante carta notarial cursada al acreedor con una anticipación no menor de cinco días anteriores a la fecha de cumplimiento debido, si estuviera determinado, y si no lo estuviera, con una anticipación de diez días a la fecha de cumplimiento que el deudor señale.

Sin lugar a dudas el problema planteado por el referido tercer párrafo del artículo 1252, en relación al ofrecimiento anticipado (de cinco días), configura una situación muy especial que parece resultar contraria a los principios jurídicos más elementales.

Por otra parte, el inciso 1 del artículo 1254 del nuevo texto se refiere al ofrecimiento judicial. Así, el mismo sólo sería de aplicación a los casos en que el deudor recurra a efectuar un ofrecimiento judicial de pago. Es aquí en donde el nuevo texto del artículo 1254 modifica el plazo que establecía el texto original del artículo 1253 del Código Civil Peruano de 1984, de diez días. Con la variación introducida, el plazo se reduce a cinco días, contados desde la *citación* (denominación del artículo 1253 original) o *emplazamiento* (nomenclatura del artículo 1254 modificado).

En relación con la conveniencia de haber reducido el plazo, ello no resulta oportuno, porque la celeridad procesal no justifica impedir que el acreedor disponga de un lapso razonable para que atienda las circunstancias de la consignación efectuada y decida si formula o no oposición.

### 5.2. La oposición del acreedor al pago por cualquiera de las formas de ofrecimiento es desestimada por resolución con autoridad de cosa juzgada

Éste es, en rigor, el texto original del artículo 1254 del Código Civil, el mismo que ha servido de base para la posterior elaboración del precepto comentado.

En tal sentido, baste con lo señalado en las páginas precedentes sobre el particular.

Antes de concluir con nuestras referencias al artículo 1254 debemos detenernos en su última parte, en la que se expresa que el ofrecimiento judicial se entiende efectuado el día en que el acreedor es válidamente emplazado, en tanto que el extrajudicial se entiende efectuado el día en que es puesto en conocimiento.

La anterior resulta una verdad de Perogrullo, pues es obvio que el ofrecimiento judicial no puede entenderse efectuado sino el día del emplazamiento o citación al acreedor, es decir cuando se le notifica dicho ofrecimiento.

Lo propio ocurre con el ofrecimiento extrajudicial de pago, cuando el precepto señala que se entenderá efectuado el día en que es puesto en conocimiento. En este caso la situación de la norma es aun más obvia que la anterior, pues resulta evidente que no podría entenderse que se verifica un ofrecimiento de pago hasta el momento en que realmente se efectúa. Para ello no era necesario regla alguna. Hubiera bastado guardar silencio, pues es suficiente recurrir a las normas generales sobre consentimiento previstas por el Código Civil (artículos 1373 y siguientes) y, en especial, al artículo 1374, que establece que la oferta, su revocación, la aceptación y cualquier otra declaración contractual dirigida a determinada persona se consideran conocidas en el momento en que llegan a la dirección del destinatario, a no ser que éste pruebe haberse encontrado, sin su culpa, en la imposibilidad de conocerla.

## 6. DESISTIMIENTO DEL OFRECIMIENTO DE PAGO

El artículo 1255 del Código Civil de 1984 establece los supuestos en los cuales la consignación puede ser retirada por quien la ha efectuado.

Antes de analizar sus alcances, debemos señalar que la premisa básica para retirar la consignación es que el acreedor (o supuesto acreedor) no esté de acuerdo con la misma, vale decir, que no la haya aceptado.

El texto del artículo 1255 es el siguiente:

> Artículo 1255.- «*El deudor puede desistirse del pago ofrecido y, en su caso, retirar el depósito efectuado, en los casos siguientes:*

*1.- Antes de la aceptación por el acreedor.*

*2.- Cuando hay oposición, mientras no sea desestimada por resolución con autoridad de cosa juzgada».*[152]

Conviene señalar que el texto original de este artículo no se refería de manera específica al deudor, puesto que no es necesariamente el deudor quien realiza la consignación, ya que de acuerdo con el principio de que el pago puede ser verificado por un tercero, a menos que el pacto, la naturaleza de la obligación o la ley se opongan a ello, la consignación puede ser hecha por cualquier persona distinta del deudor. De ahí que el texto original del artículo 1255 era en este extremo superior al actual, el mismo que no contempla esta posibilidad al hacer referencia directa al deudor.

Señalado esto, revisemos ahora los dos supuestos en los cuales se puede realizar el retiro de la consignación:

### 6.1. Cuando el acreedor no la haya aceptado

Consideramos que el inciso primero del artículo bajo comentario debió referirse a un supuesto acreedor, por cuanto no siempre se tendrá la certeza de que se trate de un acreedor.

Sin embargo, el empleo de la palabra «acreedor» se debe a que éste usualmente lo es, pero no acepta la prestación por considerar que no es la que corresponde.

Por ello, tal vez resultaría conveniente la utilización de ambas expresiones, esto es, la de «acreedor» o «supuesto acreedor».

En cuanto al desistimiento por parte del deudor de la consignación efectuada, cabe señalar que el Código Civil no contempla un plazo determinado para que él opere.

El Código Civil, para el desistimiento de la consignación, establece una condición resolutoria (en relación con el deudor consignante), la misma que estará dada por el hecho de que el acreedor no acepte tal

---

152 Artículo vigente conforme a la Primera Disposición Modificatoria del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, aprobado por Resolución Ministerial n.° 10-93-JUS, publicada el 23 de abril de 1993.
La Resolución Ministerial n.° 10-93-JUS, recogió la modificación hecha anteriormente a este artículo por la Primera Disposición Modificatoria del Decreto Legislativo n.° 768, publicado el 4 de marzo de 1992.

consignación. Esta circunstancia se presenta, para el deudor, desde el momento en que efectúa la consignación, cuyo destino constituye un hecho futuro e incierto, pues no depende de su voluntad, sino de la voluntad del acreedor, que la acepte o no.

Dentro de tal orden de ideas, hablamos de condición resolutoria porque el deudor podría retirar lo consignado sólo hasta antes de que el acreedor lo acepte. Después ya no lo podrá hacer, porque la aceptación del acreedor a la consignación determinaría que ella surtiera de inmediato los efectos del pago. Aquí ya no cabría marcha atrás.

Naturalmente que la regla del inciso 1 del artículo 1255 del Código Civil supone que no se haya producido impugnación alguna por el acreedor, pues de ser este el caso ingresaríamos a lo previsto por el inciso 2 del mismo numeral.

### 6.2. Cuando el supuesto acreedor haya impugnado la consignación efectuada, y todavía no haya sido desestimada dicha impugnación por resolución con autoridad de cosa juzgada

Es lógico que si la impugnación de la consignación hubiese sido desestimada por resolución con autoridad de cosa juzgada, la consignación surtiría todos los efectos de un pago válido, en cuyo caso ya no podría el deudor retirar lo consignado.

En el supuesto del inciso 2 del artículo 1255 del Código nacional, si el deudor se desiste de la consignación efectuada, ello tendrá como efecto la culminación del proceso consignatorio y, adicionalmente, efectos colaterales.

Así, si el deudor retira la consignación, dicho retiro deberá considerarse que tiene todos los efectos del desistimiento —en los términos más amplios—, y por tal razón no podría volver a consignar lo mismo, pues si lo hiciera el acreedor estaría en aptitud de oponer la excepción de desistimiento de la pretensión, habida cuenta de que en un proceso anterior se desistió de la misma, cualquiera que hubiera sido la razón que lo impulsó a actuar de ese modo.

## Capítulo Cuarto
## IMPUTACIÓN DEL PAGO

### 1. IMPUTACIÓN DEL PAGO POR PARTE DEL DEUDOR

El artículo 1256 del Código Civil nos introduce en el tema de la imputación del pago:

> *Artículo 1256.- «Quien tiene varias obligaciones de la misma naturaleza constituidas por prestaciones fungibles y homogéneas, en favor de un solo acreedor, puede indicar al tiempo de hacer el pago, o, en todo caso, antes de aceptar el recibo emitido por el acreedor, a cual de ellas se aplica éste. Sin el asentimiento del acreedor, no se imputará el pago parcialmente a una deuda ilíquida o no vencida».*

Cuando el deudor paga en cumplimiento de una obligación, no debería existir incertidumbre, en rigor, para conocer que tal pago lo está efectuando en razón de esa obligación, y no de otra, porque usualmente el deudor carece de otras obligaciones de la misma naturaleza y homogéneas con su acreedor.

El tema de la imputación del pago no se presenta, en consecuencia, cuando un deudor tiene con un mismo acreedor varias obligaciones, pero todas ellas de diferente naturaleza. Por ejemplo, el deudor puede haber contraído tres obligaciones de distinta naturaleza con el mismo acreedor, una de dar una suma de dinero, otra de construir una pared, y una tercera de guardar un secreto.

En el ejemplo citado no habrá duda de que cuando el deudor pague la cantidad debida, lo estará haciendo en estricto cumplimiento de

la primera de esas obligaciones. Aquí sería evidente que al abonar una suma de dinero, el deudor no podría estar pagando (ejecutando) ni la segunda ni la tercera obligación. Del mismo modo, cuando construya la pared, será obvio que estará ejecutando la segunda de sus obligaciones; y cuando guarde el secreto, estará pagando la tercera. En este caso no habrá problema en entender a qué obligación corresponde cada uno de los pagos de las prestaciones, puesto que todas ellas son de distinta naturaleza (la primera de dar, la segunda de hacer y la tercera de no hacer).

Tampoco entraría en juego el problema de la imputación del pago, si se tratara, por ejemplo, de dos obligaciones con prestaciones de dar, donde una consista en entregar cien quintales de trigo y la otra en entregar cien quintales de arroz.

Si el deudor entrega trigo, extinguirá la primera obligación; si entrega arroz, la segunda. Si en el mismo caso propuesto, el deudor se obliga a entregar cien cajas de cerveza marca «Cristal» y cien cajas de cerveza marca «Pilsen», pues al entregar cerveza «Cristal» extinguirá la primera obligación, y de entregar cerveza «Pilsen» extinguirá la segunda.

También estaría descartada la figura jurídica de la imputación del pago si el deudor tiene dos obligaciones distintas con su acreedor, ambas de entregar cien cajas de cerveza marca «Cristal», y al tiempo de efectuar el pago entrega doscientas cajas de esa cerveza, extinguiendo, por tanto, las dos obligaciones.

El tema de la imputación del pago surgiría, en el último ejemplo propuesto, si el deudor tan sólo entregara cien cajas de cerveza «Cristal». La pregunta consistiría en conocer ¿a cuál de las dos obligaciones, que son de la misma naturaleza y homogéneas, se imputaría el pago? ¿Cuál sería la obligación extinguida?

La solución es necesariamente relevante, no sólo para disipar la incertidumbre, sino por razones de la existencia de garantías en una obligación y no en otra, del monto de los intereses de cada obligación, de la eventual prescripción de una obligación y no de la otra, etc.

Por tanto, la imputación del pago se presenta en los casos en que un deudor deba a un mismo acreedor dos o más prestaciones de la misma naturaleza y homogéneas, es decir, que todas ellas sean de

dar o de hacer. Y siempre que existan dudas, lo reiteramos, sobre cuál obligación se extingue, conforme se aprecia en el último ejemplo que hemos desarrollado. A las obligaciones de no hacer, esto es, a las obligaciones negativas, no se aplican las reglas de la imputación del pago, conforme veremos más adelante.

El tema de la imputación del pago tiene relevancia en tres casos vinculados con los artículos 1256 y 1257 del Código Civil, a saber:

(a) Cuando entre el mismo acreedor y deudor existen dos o más obligaciones de igual naturaleza y homogéneas, y el deudor no indica al tiempo del pago de una de ellas, cuál es la que desea extinguir.

(b) Cuando en el supuesto anterior, el deudor intenta pagar todas ellas, pero lo que entrega con tal fin es insuficiente para alcanzar sus objetivos.

La diferencia entre ambos casos es que en el primero está en la voluntad del deudor pagar sólo una de las obligaciones que mantiene con su acreedor, en tanto que en el segundo intenta efectuar el pago de todas sus obligaciones, pero el monto diminuto le impide hacerlo.

(c) Cuando el deudor mantiene una sola obligación con su acreedor, pero el pago que efectúa no alcanza para cubrir su monto total, el mismo que podrá, además del capital, comprender gastos e intereses.

El artículo 1256 del Código Civil Peruano sólo se refiere a los dos primeros supuestos. El tercero lo trata el Código en el artículo 1257.

Además de obligaciones de la misma naturaleza, tiene que tratarse de prestaciones de carácter homogéneo, lo que significa que éstas deberán consistir en dar o hacer sustancialmente lo mismo (pudiendo variar el volumen o cantidad de las prestaciones que deban ejecutarse).

Un supuesto de prestaciones de la misma naturaleza y homogéneas sería aquel por el cual el deudor hubiese asumido ante su acreedor dos obligaciones distintas de dar sumas de dinero. Mediante la primera se ha obligado a pagarle 10,000 nuevos soles, mientras que por la segunda, la cantidad de 8,000 nuevos soles. Esto quiere decir que básicamente ambas prestaciones consisten en lo mismo (dar dinero), no obstante que las cantidades a pagar son diferentes.

En tal caso, si el deudor pagase 18,000 nuevos soles extinguiría ambas obligaciones y no se presentaría, por tanto, el problema de la imputación del

pago. El tema surgiría si paga menos de 18,000 nuevos soles y el acreedor acepta el pago. Aquí se trataría de disipar la incertidumbre acerca de cuál de las dos obligaciones se ha amortizado o pagado íntegramente.

Los mismos razonamientos referidos al dinero, podríamos hacerlos extensivos a otros bienes, como en el caso de las cajas de cerveza antes citado.

Por otra parte, precisa aclararse que cuando el Código Civil se refiere a que las prestaciones deben ser fungibles y homogéneas, lo hace en el sentido de que —pudiendo ser ambas prestaciones de montos distintos— sus contenidos (objetos) sean fungibles entre sí y homogéneos unos respecto de los otros.

Sin embargo, conviene efectuar alguna precisión sobre el tema.

Creemos que el Código, al utilizar la palabra «fungibles», lo hace refiriéndose a que las prestaciones que revisten carácter de homogeneidad puedan reemplazarse indistintamente las unas por las otras. Empero, nos permitimos disentir de la utilización de ese término, ya que fungible será aquello que se pueda intercambiar con otra cosa y dé exactamente lo mismo una u otra. En cambio, para que se presente un supuesto de imputación del pago, bastará el carácter homogéneo de las prestaciones, sin que sea necesario que ambas tengan igual magnitud. Podría suceder, por ejemplo, que una prestación consista en dar la suma de 1,000 nuevos soles, mientras que otra —constituida entre los mismos deudor y acreedor— sea la de dar la suma de 500 nuevos soles. Evidentemente estas prestaciones son de la misma naturaleza y homogéneas, ya que ambas consisten en obligaciones de dar sumas de dinero. Pero del ejemplo citado no podemos inferir el carácter de fungibilidad, puesto que la primera prestación no es equivalente a la segunda, ya que entregar 1,000 nuevos soles no es idéntico a entregar 500 nuevos soles, ni viceversa, a pesar de que un nuevo sol es igual —y por lo tanto fungible— a otro nuevo sol.

Sin embargo, y sin que se precise el requisito de la fungibilidad, en el caso citado podría presentarse la necesidad de aplicar las reglas de imputación del pago. Por ello, insistimos, en la imputación del pago poco importa el elemento de la fungibilidad. Bastará con la presencia de los dos primeros elementos, es decir, que las obligaciones sean de la misma naturaleza y que las prestaciones tengan carácter de homo-

géneas, referido este concepto a que consistan, fundamentalmente, en dar o hacer lo mismo, independientemente de la magnitud de aquello que se tiene que ejecutar.

En este punto cabría preguntarnos si la imputación del pago puede estar referida a bienes inciertos (determinables). La respuesta afirmativa se impone.

Si, por ejemplo, un deudor hubiese contraído con su acreedor dos obligaciones distintas de entregar un cuadro y se practicara la elección sin especificarse a cual obligación se refiere, al ejecutarse la prestación tendrían que aplicarse las reglas de la imputación del pago.

Caso distinto sería aquel en el cual el deudor hubiese asumido con el acreedor dos obligaciones destinadas a entregar dos cuadros diferentes (un paisaje y un retrato). En este supuesto, al ser diferente el objeto de ambas obligaciones, no habría la menor duda respecto de cuál de las dos obligaciones contraídas se estaría ejecutando.

Las reglas de imputación del pago, en consecuencia, sólo serán de aplicación a los bienes determinables en el supuesto en que ambas prestaciones sean homogéneas.

Por otra parte, entendemos que el problema de la imputación del pago reviste claridad absoluta en los supuestos de las obligaciones de dar; es inusual en las obligaciones de hacer; y está descartado en las obligaciones de no hacer.

En efecto, bien puede ocurrir que una persona se obligue primero a dar un bien, y luego se obligue nuevamente, con el mismo acreedor, a dar otro bien de la misma naturaleza y homogéneo a aquél. En este caso, podemos tener la oportunidad de aplicar las normas de imputación del pago. Aquí el asunto sería de nitidez meridiana.

Como hemos señalado, el tema de la imputación del pago, aunque aisladamente, también podría presentarse en las obligaciones de hacer. Si una empresa de limpieza, por ejemplo, contrajese dos obligaciones distintas con el dueño de un edificio, consistente cada una de ellas en limpiar una vez al año las ventanas del referido inmueble y sólo lo hiciese una vez, ¿podría entenderse que está ejecutando la primera obligación contraída? ¿O se entendería que no puede conocerse con exactitud cuál de las dos está cumpliendo, ya que ambas consisten exactamente en lo mismo, y no se ha especificado, al contraerlas, las fechas en que deben

ejecutarse? Nos inclinamos, en este caso, a considerar que tendrían que aplicarse las reglas de imputación del pago, pues ambas prestaciones son de la misma naturaleza y homogéneas entre sí.

¿Pero qué ocurre con las obligaciones de no hacer?

Creemos que en esta clase de obligaciones no se aplican los principios de la imputación del pago.

Si una persona, por ejemplo, se hubiera obligado con otra a no dar algo, y volviera a obligarse a no dar algo de la misma condición o carácter, o si se hubiera obligado a no hacer algo, y volviera a obligarse a no hacer algo similar (por ejemplo, dos pinturas idénticas).

Si da en el primer caso, o hace en el segundo, no estaríamos en el supuesto de imputación del pago, sino ante la incertidumbre de cuál es la obligación violada, para el efecto de los daños y perjuicios. En las obligaciones negativas no cabe referirnos a la imputación del pago, pues ellas consisten, precisamente, en una omisión, esto es en no accionar o actuar.

Ahora bien, la primera posibilidad que contempla el artículo 1256 del Código Civil, para el supuesto de que existan obligaciones de la misma naturaleza, constituidas por prestaciones de carácter homogéneo, entre un mismo deudor y un mismo acreedor, es aquella en la cual el deudor indique, al momento de hacer el pago, a cuál se aplica.

Aquí es claro que la ley prevea como el primero de sus supuestos, aquel por el cual el deudor, al momento de hacer el pago, señale la obligación a la que debe imputarse dicho pago. Tal es la situación normal: aquella en la que quien paga precisa qué es lo que está pagando.

Es pues razonable que así ocurra, y que resulte de sana lógica una situación de esta naturaleza, por cuanto quién más interesado que el propio deudor que paga una deuda —pero sigue manteniendo otra u otras— para indicar a cuál obligación imputa tal pago. Lo contrario podría generar situaciones en las cuales la omisión (tal vez producto de un simple descuido del deudor) sería susceptible de ocasionarle graves perjuicios.

Cabe advertir que el deudor tiene la posibilidad de imputar el pago hasta antes de aceptar el recibo emitido por el acreedor.

Es importante precisar esta atingencia, pues el Código Civil Peruano otorga al deudor la posibilidad de remediar cualquier omisión relativa a la imputación del pago, hasta antes de aceptar el recibo correspondiente.

De ello se infiere la necesidad de que el deudor actúe con la mayor diligencia, a fin de proteger adecuadamente sus derechos; al igual que resulta aconsejable que el acreedor, si el deudor dejó pasar la oportunidad de imputar el pago, otorgue recibo para efectuar tal imputación a la brevedad posible.

Es, simplemente, una cuestión de diligencia.

Pero más allá de nuestros comentarios en relación a lo dispuesto por el artículo 1256 del Código Civil, precisa señalarse que lo expresado tiene una limitación prevista por la última parte del precepto: «*Sin el asentimiento del acreedor, no se imputará el pago parcialmente o a una deuda ilíquida o no vencida*».

Esto equivale a decir que el deudor se verá imposibilitado de efectuar la imputación sin el asentimiento del acreedor, en cualquiera de los supuestos que se enumeran a continuación:

(a) Si el deudor desea pagar solamente parte de una de las deudas.

Cuando abordamos las disposiciones generales del pago, y específicamente el principio de integridad recogido por el artículo 1221 del Código Civil, anotamos que, siguiendo lo previsto por el citado precepto, el pago debe realizarse íntegramente, es decir, completo, sin menoscabo alguno.

En ese sentido el acreedor, con todo derecho, podría oponerse a recibir pagos parciales.

Pero también es evidente que el acreedor, si así lo desea, podría aceptar la imputación de un pago parcial.

(b) Si el deudor desea pagar una deuda ilíquida o no vencida.

Esto, porque no puede saberse todavía si habrá un pago íntegro en el caso de la deuda ilíquida, y porque el pago no podrá hacerse antes del plazo, sino de común acuerdo (en el caso de la deuda no vencida).

Concluimos reiterando que para imputar el pago a una deuda comprendida en cualquiera de estos dos supuestos, el deudor requerirá necesariamente del asentimiento del acreedor.

## 2. ORDEN DE LA IMPUTACIÓN CONVENCIONAL

El artículo 1257 del Código Civil Peruano de 1984 tiene por objeto establecer determinadas excepciones para el caso de la imputación del pago. En tal sentido, la norma prescribe un orden necesario para que opere tal imputación:

> *Artículo 1257.- «Quien deba capital, gastos e intereses, no puede, sin el asentimiento del acreedor, aplicar el pago al capital antes que a los gastos, ni a éstos antes que a los intereses».*

Ante todo debemos aclarar que el supuesto de esta norma no se basa en que necesariamente existan prestaciones surgidas de distintas fuentes, o, incluso, de diferentes obligaciones; la norma simplemente está aludiendo a que una misma obligación pueda tener diversas prestaciones de la misma naturaleza, con caracteres de homogeneidad, pero por distintos conceptos.

Es el caso en que una deuda esté compuesta por capital (la prestación principal debida originalmente), gastos (los que hubiese generado la celebración del acto relativo a la prestación principal o su requerimiento para cobrarla —que por lo general, y a ello alude usualmente el artículo 1257, se referirán a los gastos que origine la concesión del préstamo dinerario o la cobranza de dicho préstamo—), e intereses (los devengados por concepto del uso o mora del capital).

Para el supuesto del artículo 1257 del Código Civil no es necesaria la presencia del elemento de homogeneidad entre los objetos de las prestaciones, ya que aquí estamos ante una sola obligación, que consiste en el pago de diversas prestaciones (aquellas que generan el deber de devolver el capital y de pagar los gastos e intereses). Queda claro, entonces, que la concepción del artículo 1257 es totalmente distinta a la del artículo 1256.

Pero no siempre se dará el supuesto de concurrencia de estas tres prestaciones en la relación obligacional.

Por ello, efectuamos el siguiente razonamiento:

(a) Si la deuda solamente está constituida por el capital y el deudor paga, obviamente no regirán los principios de imputación del pago, puesto que se sabrá a ciencia cierta que está pagando dicha prestación.

(b) Si la deuda está integrada por capital y gastos, y el deudor efectuase un pago, de acuerdo con el artículo 1257 no podrá aplicarlo al capital antes que a los gastos.

Estimamos pertinente señalar, respecto a los gastos, que éstos no generan intereses compensatorios o legales (a menos que se hubiese pactado lo contrario en el título de la obligación).

Sin embargo, los gastos sí son susceptibles de originar intereses moratorios, es decir, aquéllos que se devengan desde la constitución en mora del deudor.

(c) Si la deuda está integrada por capital e intereses, y el deudor efectuase un pago, de acuerdo con el mismo precepto no podrá aplicar dicho pago al capital antes que a los intereses.

(d) Y, finalmente, si la deuda está constituida por capital, gastos e intereses, y el deudor efectuase un pago, conforme al artículo 1257 del Código Civil no podrá aplicar dicho pago al capital antes que a los gastos, ni a éstos antes que a los intereses.

Naturalmente, todo ello es susceptible de variación si el acreedor otorga su conformidad a una imputación diferente.

Como se recuerda, en materia civil los intereses no generan intereses, salvo que sean capitalizados (lo que podría obedecer a que estén expresados en tasas efectivas). La capitalización (cuando los intereses se expresan en tasas nominales), a su vez, sólo puede pactarse por escrito después de contraída la obligación, siempre que medie no menos de un año de atraso. Esta norma sobre la capitalización de intereses se encuentra prevista por el artículo 1250 del Código de 1984.

Los gastos —si se tratase de un contrato de mutuo— pueden generar intereses legales o convencionales. El capital, por su parte, usualmente origina intereses convencionales —si se tratase de un contrato de mutuo— y, a falta de pacto sobre su cuantía, intereses legales.

Dentro de estos planteamientos es razonable, como medida de protección para el acreedor ante el deudor moroso, que éste, salvo acuerdo en contrario, deba pagar en primer término los intereses, que sólo si se capitalizaran generarían intereses; luego los gastos, que con frecuencia sólo originan intereses moratorios, inferiores a los convencionales; y finalmente el capital, que usualmente genera intereses convencionales superiores a los legales.

Cabe aclarar, por último, que razones de técnica jurídica determinan que sea aconsejable consignar los preceptos del artículo 1257 en la parte final del capítulo sobre imputación del pago, para lograr una secuencia lógica de las normas hoy contenidas en los artículos 1256, 1258 y 1259 del Código Civil, que se refieren a un supuesto diferente al previsto por el artículo 1257.

## 3. IMPUTACIÓN EFECTUADA POR EL ACREEDOR

El caso que regula el artículo 1258 del Código Civil es que el deudor haya efectuado un pago, no indicando a su acreedor a cuál de las obligaciones que mantiene con éste corresponde. Si en tal caso el deudor hubiese aceptado recibo del acreedor por el cuál éste imputase el pago, no podría reclamar de esa imputación, salvo que exista una razón que impida practicarla.

El texto del citado numeral es el siguiente:

> Artículo 1258.- «*Cuando el deudor no ha indicado a cual de las deudas debe imputarse el pago, pero hubiese aceptado recibo del acreedor aplicándolo a alguna de ellas, no puede reclamar contra esta imputación, a menos que exista causa que impida practicarla*».

Debe precisarse, en primer término, que esta norma no está conculcando derecho alguno del deudor, ya que en virtud del artículo 1256 el deudor tiene la facultad prioritaria de imputar el pago a alguna de las deudas que mantiene con su acreedor.

El supuesto base del artículo 1258 es que el deudor haya omitido la diligencia requerida para efectuar la imputación al tiempo de verificar el pago, o antes de que el acreedor le otorgue recibo.

En tal sentido, el otro supuesto del precepto es que el acreedor haya procedido a efectuar la imputación, al no haber sido verificada por el deudor.

Resultaría a todas luces injusto permitir al deudor negligente, luego de efectuada la imputación del pago por el acreedor, variarla unilateralmente.

Creemos pertinente reparar, en este punto, que el artículo 1258 del Código Civil, cuando hace referencia al supuesto en que el deudor no hubiese indicado a cual de las deudas deba imputarse el pago, pero hubiese aceptado recibo del acreedor aplicándolo a alguna de ellas,

alude expresamente a que el recibo que emite el acreedor debe ser aceptado por el deudor. Sólo en ese momento, y no antes, surte efectos la imputación hecha por el acreedor.

Debemos reparar, además, en que la aceptación del recibo emitido por el acreedor, por parte del deudor, a que hace referencia el artículo 1258, es simple y llanamente una aceptación tácita, por no requerirse manifestación expresa de voluntad. Basta pues que el acreedor emita el recibo, se lo entregue al deudor y éste no efectúe, en ese momento, reparo alguno al respecto.

De allí que resulte importante que el deudor, al tiempo en que el acreedor le entregue el recibo, haga las salvedades del caso, pues de lo contrario sólo podría reclamar por alguna de las causales previstas en la última parte del artículo 1258, es decir, cuando exista causa justificada por la ley que impida al acreedor practicar la imputación verificada.

No habría inconveniente, desde luego, para que deudor y acreedor, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, puedan variar la imputación efectuada, quedando a salvo, por cierto, los derechos de terceros.

Ahora bien, la última parte del artículo 1258 —*«[...], a menos que exista causa que impida practicarla»*— entra en juego principalmente en los supuestos siguientes:

(a) Cuando el acreedor imputa el pago a una obligación ilíquida o no vencida, ya que el deudor, en este caso, todavía no estaría obligado a pagar. Sólo le corresponderá hacerlo a partir de la fecha de vencimiento de la obligación o, de ser el caso, desde que se liquide su monto.

El supuesto de obligación no vencida corresponde a la categoría de las obligaciones de ejecución diferida, por contener plazo o condición suspensivos.

(b) Cuando el acreedor imputa el pago a una obligación ya pagada o extinguida, casos en los cuales se trataría de un pago inútil que originaría un supuesto de pago indebido o de enriquecimiento sin causa.

Por otra parte, no consideramos comprendido dentro de las excepciones bajo análisis, el supuesto del acreedor que imputa el pago a una obligación ya prescrita, caso en el cual el deudor siempre habría estado obligado a pagar la prestación, con la única salvedad de que el acreedor carecía de acción legal para cobrarla.

Debemos señalar, en este punto, que si se pagase parte de una deuda prescrita, resulta evidente que al pretender cobrarse el saldo, el deudor podría oponer la excepción de prescripción.

Parece evidente, en fin, que lo expuesto no agota los casos susceptibles de estar comprendidos dentro de la excepción prevista por el artículo 1258, tales como la hipótesis de una obligación inexistente, o contraída por un tercero, etc.

## 4. IMPUTACIÓN LEGAL

La razón de ser del artículo 1259 del Código Civil Peruano de 1984 es la de disipar, mediante una norma legal, la incertidumbre sobre la obligación que se extingue, en caso de que ni el deudor ni, a su turno, el acreedor, hubiesen efectuado la imputación. Este precepto estatuye una imputación legal del pago que no sólo evita desconocer cuál es la obligación extinguida, sino que genera importantes consecuencias jurídicas respecto de los efectos anteriormente señalados, tales como la prescripción, garantías, intereses, etc. Según el artículo 1259:

> *Artículo 1259.- «No expresándose a qué deuda debe hacerse la imputación, se aplica el pago a la menos garantizada; entre varias deudas igualmente garantizadas, a la más onerosa para el deudor; y entre varias deudas igualmente garantizadas y onerosas, a la más antigua. Si estas reglas no pueden aplicarse, la imputación se hará proporcionalmente».*

En realidad, la imputación legal del pago no es una institución novedosa. Ya Pothier[153] establecía principios fundamentales sobre el particular.

El artículo 1259 del Código señala un orden en el cual deberá efectuarse la imputación de un pago hecho sin haberse expresado cuál de las deudas se extingue.

Así, el Código dispone que de existir dos obligaciones de la misma naturaleza, con prestaciones homogéneas, el pago efectuado se imputará a la menos garantizada. Esta presunción tiene el propósito de proteger al acreedor de una posible insolvencia del deudor.

---

153 POTHIER, Robert Joseph. *Op. cit.*, Segunda Parte, pp. 232-235.

El Código añade que de existir dos o más deudas igualmente garantizadas, se imputará el pago a la más onerosa para el deudor. Al señalarse el supuesto de deudas igualmente garantizadas, se podría pensar que el artículo 1259 está aludiendo a aquellas obligaciones respecto de las cuales se ha constituido una misma garantía, sea ésta real o personal, o garantías diferentes, pero de la misma naturaleza (como sería el caso de bienes dados en prenda —ahora garantía atípica legal— que garanticen plenamente dos obligaciones distintas), o de garantías personales otorgadas por la misma persona (por ejemplo, una fianza).

Sin embargo, consideramos que no es éste el sentido del precepto. Por ejemplo, si una obligación está garantizada por una sólida hipoteca y otra por una sólida fianza bancaria, las dos estarían igualmente garantizadas.

Sin lugar a dudas, el tema de la importancia de una garantía en relación con la otra es susceptible de generar las mayores controversias.

Por tal razón deseamos formular ciertos comentarios destinados a aclarar determinados conceptos.

Como sabemos, en cuanto a garantías se refiere, éstas pueden ser personales o reales. Al respecto, debemos indicar que una garantía no es necesariamente mejor o más idónea que otra por ser de naturaleza distinta.

En el entendido de que ambas garantías aseguren con holgura el monto de las dos obligaciones, cabe la posibilidad de que la garantía personal sea más sólida que la real, como ocurriría en el caso de que ella consistiera en una fianza solidaria otorgada en favor del acreedor por una de las instituciones bancarias más sólidas del Perú, en tanto que la garantía real estuviera constituida por prenda, garantía mobiliaria, anticresis o hipoteca sobre un bien de importante valor.

Podría ocurrir la situación contraria, como sería el caso de que la fianza hubiera sido constituida por una persona de relativa solvencia, en tanto que el bien otorgado en garantía de la otra obligación fuera de inmenso valor.

También podríamos encontrarnos ante el problema de determinar, dentro de garantías de una misma naturaleza (personales o reales), cuál de ellas es la más sólida. Imaginemos, para el efecto, dos fianzas otor-

gadas por personas de similar solvencia patrimonial, o dos hipotecas constituidas sobre bienes de similar valor.

Podríamos plantearnos, incluso, los supuestos en que se trate de tres obligaciones garantizadas: una por prenda, otra por anticresis y una tercera por hipoteca. En este caso también tendríamos que apreciar la solidez de cada una de las garantías.

Como se observa, el tema no reviste, necesariamente, claridad meridiana, y ello nos obliga a remitir al lector a la casuística, y llegar a la conclusión de que en la duda serán los tribunales los encargados de efectuar la determinación de cuál es la obligación más garantizada.

Por otra parte, el artículo 1259 del Código Civil nos plantea el tema de la mayor o menor onerosidad de las obligaciones objeto de la imputación del pago.

En ese sentido, la materia tampoco tiene precisión absoluta, pues podría entenderse que el precepto se refiere a la tasa de interés que generen las obligaciones o a los montos de las obligaciones principales (los capitales adeudados).

Creemos que la obligación más onerosa no sería necesariamente la de mayor monto, pues si una, la de menos cuantía, devenga intereses del 20% anual, y la otra intereses del 10% anual, la imputación correspondería a la primera.

Al hacer alusión a la mayor onerosidad de la obligación, podría pensarse en su mayor monto, pues una deuda de mayor cuantía sería más onerosa que otra de monto menor. Reiteramos que la mayor o menor onerosidad está, en el caso propuesto, en relación directa al tema de los intereses, cuya tasa —mayor o menor— determinaría, sin duda, que una deuda sea más o menos onerosa que otra.

En buena cuenta, podríamos encontrarnos ante una obligación de monto menor pero de intereses mayores y ante otra de monto mayor pero de intereses menores. Para efectuar la imputación precisaría verificar, mediante cálculos matemáticos, cuál de las dos obligaciones es la que genera mayores intereses.

Consideramos, en suma, que el tema de la onerosidad está directamente relacionado con la prestación cuyo discurrir genera más cargas para el deudor.

Por otra parte, de existir varias deudas igualmente garantizadas y onerosas, el pago se imputará a la más antigua.

El sentido del precepto es que, en ausencia de interés respecto a la deuda menos garantizada o más onerosa para el deudor, primero deberán pagarse las obligaciones más antiguas, pues ellas serían, en el caso propuesto de los intereses, las que habrían generado la más alta proporción. Sin embargo, si se tratase de obligaciones que no devengan intereses, interviene el factor de disipar la incertidumbre optando por una de ellas; en el caso del Código Peruano, con criterio lógico, por la primera obligación generada entre las partes. El Código, en el supuesto bajo comentario, tiene por finalidad intentar por hipótesis *casin certi duncumes*, la misma que, por citar un ejemplo representativo, no es tomada en cuenta por la legislación argentina.

En resumen, ante la encrucijada de optar definitivamente acerca de cuál de las obligaciones es la que se extingue primero, resulta plenamente razonable que sea aquella que se contrajo primero.

Por último, si las reglas consignadas en las tres hipótesis anteriores no pudieran aplicarse, la imputación se haría proporcionalmente a cada una de las deudas.

No obstante lo expresado, parece poco probable que se presente una situación como la anotada en el párrafo precedente. Se trata, por tanto, de un supuesto excepcional, que el Código, sin embargo, ha hecho bien en prever.

Por ello consideramos que el último extremo del artículo 1259, más que por su utilidad práctica, es el complemento de una hipótesis teórica difícil de presentarse.

Para concluir con nuestros comentarios, es pertinente pronunciarnos sobre cómo se podría entender aplicable el artículo 1259 del Código Civil en las obligaciones de hacer.

En primer lugar, debemos recordar lo antes señalado, en el sentido de que resulta extremadamente difícil que nos encontremos ante un supuesto de imputación del pago referido a obligaciones de hacer, que no concluyan en un dar.

Pero de presentarse el caso, también deberá determinarse cuál de las obligaciones es la más garantizada; en su defecto, cuál es la más

onerosa; y en ausencia de ambos criterios, cuál es la más antigua; aclarando, sin embargo, que en las obligaciones de hacer el prorrateo de que trata el último extremo del numeral 1259, será, en prácticamente todos los casos, de imposible aplicación, lo que también ocurriría en las obligaciones de prestación indivisible.

## Capítulo Quinto
## PAGO CON SUBROGACIÓN

### 1. CONSIDERACIONES GENERALES

Cuando estudiamos el pago y también cuando desarrollamos el tema de la novación objetiva, comentamos que el pago puede ser efectuado por cualquier persona, e, incluso, señalamos algunos supuestos en los cuales el pago puede ser efectuado por un tercero no interesado; es decir, por alguien cuyo patrimonio no se vería afectado en caso de que el deudor no pagase.

Ahora bien, en ocasiones, cuando el pago es efectuado por un tercero, ese pago solamente va a dar lugar a la acción de repetición contemplada por el segundo párrafo del artículo 1222 del Código Civil. Así, cuando un tercero no interesado paga la deuda que tiene el deudor con el acreedor y paga, además, sin asentimiento del deudor y sin que se hubiese producido ninguno de los supuestos de pago con subrogación convencional del artículo 1261 del Código Civil, que luego analizamos, aquel tercero puede reclamar al deudor el reembolso de todo aquello en que le hubiese sido útil el pago.

El escenario que acabamos de describir no es el único que puede configurarse. Hay otros casos que la ley contempla en que existe un pago con subrogación.

Desarrollamos el tema.

En el supuesto regulado en el artículo 1222, hay un deudor, un acreedor y un tercero, que es quien paga al acreedor. La ley otorga a ese tercero la posibilidad, en virtud de una segunda obligación nacida del mandato legal, de repetir contra el deudor. De esta manera, por esa segunda obligación el deudor tendría que pagar al tercero todo aquello en que le fue útil el pago.

La razón por la que decimos que se trata de una segunda obligación es, justamente, porque aquélla no es la misma que dio origen a la relación entre deudor y acreedor que ha sido pagada por el tercero. Esa obligación se extingue con dicho pago, el que además genera el nacimiento de otra obligación, que aunque tiene como deudor a la misma persona, tiene un nuevo acreedor, esto es el tercero.

Cabe advertir que el hecho de que en este supuesto no estemos en presencia de la misma obligación que vinculaba al deudor y al acreedor, no significa que se haya presentado un caso de novación.

Nos explicamos.

Cuando el tercero no interesado realiza el pago, son dos los efectos que esta situación genera. Por un lado, provoca la extinción de esa obligación y, por otro, da al tercero la posibilidad de cobrar al deudor en virtud del segundo párrafo del artículo 1222 del Código Civil; pero sin que ello signifique que él ocupe el lugar que tenía el acreedor en la obligación anterior, que es lo que ocurre cuando se configura el pago con subrogación.

Queda claro, entonces, que el segundo párrafo del artículo 1222 no contempla supuesto alguno de pago con subrogación.

Antes de ingresar al estudio del pago con subrogación, conviene recordar que, tal cual advertimos al estudiar el pago efectuado por tercero, al Derecho le interesa que las deudas se paguen, no importando quién las paga, salvo que estemos en presencia de las obligaciones *intuitu personae*, en donde sí es relevante que sea el propio deudor quien pague la deuda.

Y el tercero que paga, ¿en qué se beneficia?

Si el tercero es un interesado, se beneficia porque aleja de su patrimonio el peligro que podría cernirse sobre él en caso de que el deudor no cumpliera con pagar su deuda.

Y si fuese un tercero no interesado, se beneficia por el simple hecho de estar satisfecho consigo mismo, habida cuenta de que el pago lo efectúa voluntariamente, es decir, lo realiza porque quiere hacerlo.

En definitiva, entonces, ninguno de los tres se perjudica, ni el acreedor, ni el deudor, ni el tercero.

Pero eso no es todo, ya que, además, la comunidad se beneficia, en la medida de que con el pago efectuado por un tercero los conflictos sociales se atenúan o, por lo menos, se posponen dando más tiempo para que las partes los solucionen favorablemente.

Ése es el panorama, eso es lo que justifica que el Derecho auspicie el pago efectuado por un tercero, y eso, precisamente, también justifica que el Derecho auspicie la figura del pago con subrogación.

Dicho esto, y ya en lo que concierne al pago con subrogación, debemos expresar que aquél implica que quien paga se subrogue en lugar del acreedor, es decir, lo sustituya, tome su lugar, reemplazándolo para todo efecto.

A nuestro modo de ver, el pago con subrogación es una variante del pago, en la medida en que se produce cuando quien paga es una de las personas previstas por la ley para efectos de la subrogación legal o convencional, que tiene características muy especiales en cuanto el pago deviene en extintivo para el acreedor que se beneficia con él, mas no lo es para el deudor por quien se paga ni para quien paga por dicho deudor. Ello, en la medida en que el *solvens*, al ocupar el lugar del acreedor en la relación obligatoria, pueda ejercer todos los derechos del acreedor con el deudor.

El pago con subrogación tiene dos grandes facetas o modalidades.

La primera de ellas es la subrogación legal o de pleno derecho, y la segunda es la subrogación convencional.

## 2. SUBROGACIÓN LEGAL O DE PLENO DERECHO

La subrogación legal o de pleno derecho se encuentra regulada en el artículo 1260 del Código Civil, el cual contempla tres supuestos:

> Artículo 1260.- «*La subrogación opera de pleno derecho en favor:*

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

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

*3.- Del acreedor que paga la deuda del deudor común a otro acreedor que le es preferente».*

### 2.1. De quien paga una deuda a la cual estaba obligado indivisible o solidariamente, con otro u otros

Siguiendo lo dispuesto en el inciso 1 del artículo 1260, la condición para que opere el pago con subrogación es que quien pague sea el deudor de una obligación indivisible o solidaria.

Imaginemos, a modo de ejemplo, que «D1», «D2» y «D3» le deben solidariamente a «A» la suma de 60,000 nuevos soles.

Al tratarse de una obligación solidaria, el acreedor podría exigir a cualquiera de los tres deudores el pago del íntegro de la deuda.

Si así lo hiciera y «D1» le pagara los 60,000 nuevos soles, se estaría configurando el supuesto contemplado en el inciso 1 del artículo 1260 y, en consecuencia, «D1» se subrogaría y ocuparía el lugar del acreedor.

Como se puede apreciar, esta figura ya la hemos analizado al estudiar las reglas de la solidaridad e indivisibilidad.

Conforme comentamos oportunamente, en la relación interna, salvo que se hubiere establecido o pactado cuotas de participación diferentes, se presume que tanto a deudores como acreedores les corresponden partes iguales. En el ejemplo citado, eso significa que cada codeudor debería pagar 20,000 nuevos soles.

Pero, si un codeudor paga al acreedor común el íntegro de lo debido —los 60,000 nuevos soles—, ese codeudor («D1») ya no sería codeudor, porque ya pagó. Él ya no es deudor porque ya cumplió con pagar su deuda, de la misma forma que el acreedor deja de ser tal, en tanto su crédito ha dejado de existir.

En ese escenario los otros dos deudores mantienen, valga la redundancia, su condición de deudores, puesto que no han pagado lo que les correspondía, aunque ahora son deudores de su excodeudor, quien se subroga en el lugar del acreedor y desde ese lugar podrá promover

las acciones de cobro contra quienes fueron sus codeudores hasta el momento previo a aquél en que realizó el pago.

Queda claro que desde la posición de acreedor podrá cobrar a sus ex compañeros de deuda. Cabe preguntarse, entonces, qué derechos, qué prerrogativas, tiene ese nuevo acreedor.

La respuesta a tal interrogante la encontramos en el artículo 1263 del Código Civil, precepto en el que se indica que en los casos del inciso 1 del artículo 1260, el subrogado está autorizado a ejercitar los derechos del acreedor contra sus codeudores, sólo hasta la concurrencia de la parte por la que cada uno estaba obligado a contribuir para el pago de la deuda, aplicándose, sin embargo, las reglas del artículo 1204 cuando uno de los codeudores sea insolvente.

Ahora bien, como sabemos, en la relación interna entre los codeudores la obligación nunca es indivisible y nunca es solidaria. En la relación interna cada uno responde por su parte, de donde se sigue que a cada codeudor sólo se le puede cobrar por su parte.

Lo anterior nos permite afirmar que cuando se produce el pago con subrogación por parte de un codeudor que paga el íntegro de una obligación indivisible o solidaria, sucede, simplemente, que ese codeudor va a poder cobrar a cada uno de los otros de manera divisible y mancomunada. Aplicando esto a nuestro ejemplo, tendríamos que «D1», al subrogarse como acreedor, únicamente podría cobrar 20,000 nuevos soles a «D2» y 20,000 nuevos soles a «D3», con lo que éstos le pagarían en total 40,000 nuevos soles.

¿Y por qué «D1» sólo puede cobrar 40,000 nuevos soles cuando pagó 60,000? Pues porque de los 60,000 que pagó, 20,000 le correspondían pagar a él.

Como puede percibirse, el inciso 1 del artículo 1260, en tanto supone que quien paga es codeudor de una obligación solidaria o indivisible, lo que hace es regular el caso en el que ya hay un pago, que importa que el antiguo codeudor y ahora nuevo acreedor, sólo pueda cobrar el saldo en la relación interna. Además, y esto también conviene ser destacado, en el caso específico que regula el inciso 1, esa obligación que era indivisible o solidaria, tras el pago —y en la relación interna—, se convierte en una obligación divisible y mancomunada.

Acá hay un tema que precisa subrayarse.

El lector podrá preguntarse cómo es posible que una obligación que ya se pagó siga existiendo.

Esa pregunta es válida, y la respuesta consiste en que el pago con subrogación es un pago de naturaleza especial, que justamente cuenta con esa característica singular, esto es que extingue y a la vez no extingue una obligación.

Así, extingue la obligación con relación al acreedor, pero la obligación sigue viva con un acreedor diferente, sin que ello implique que haya novación, pues la obligación es la misma no obstante que hay un cambio de acreedor y pese, además, a que ahora es divisible y mancomunada.

### 2.2. De quien por tener legítimo interés cumple la obligación

Como ejemplo de una persona con legítimo interés, podemos mencionar al garante de un deudor.

Imaginemos que el deudor («D») y el tercero son hermanos y que este último ha garantizado el pago de una deuda de 60,000 nuevos soles, con una hipoteca sobre su propia casa.

Llega el momento en que «D» tiene que pagar la deuda a su acreedor, pero no cuenta con los recursos para hacerlo. En ese caso, esto es, ante el incumplimiento de «D», el tercero puede optar por dejar que el acreedor ejecute la garantía, es decir remate su casa, o por pagar la deuda de 60,000 nuevos soles.

Si el tercero decide pagar los 60,000 nuevos soles, se configuraría el segundo de los supuestos de pago con subrogación legal, por lo que el deudor ya no debería al acreedor original, sino al tercero que ha pasado a ocupar el lugar de aquél. En este caso no hay dos obligaciones, hay una sola obligación; el pago con subrogación no origina novación ni cesión de derechos.

La obligación va a continuar y el acreedor va a ser sustituido por el tercero, quien al reemplazarlo podrá promover todas las acciones contra el deudor que correspondían al acreedor original.

A diferencia de la cesión de derechos, en la que el tercero probablemente no pagará el monto total de la deuda, o incluso podría no pagar nada, sólo habrá pago con subrogación si se paga de manera previa.

Tengamos en cuenta que la subrogación es el efecto del pago o, lo que es lo mismo, el pago es la causa de la subrogación.

Conviene señalar que el tercero se subroga respecto de la cantidad que haya pagado. Si el tercero paga 60,000 nuevos soles, se subroga por 60,000 nuevos soles, y si sólo paga 10,000 nuevos soles, pues se subroga por 10,000 nuevos soles,

Si el tercero sólo pagase parte de la deuda, tendríamos a un deudor con dos acreedores, a saber, el acreedor original y el tercero. En nuestro ejemplo, el acreedor original podría exigir al deudor el pago de 50,000 nuevos soles, y el tercero podría exigir los 10,000 nuevos soles, que pagó. Así, tendríamos una obligación con pluralidad de sujetos en la parte activa; esta obligación, sin embargo, sería mancomunada y divisible.

Cabe mencionar que aunque éste es un supuesto excepcional, en realidad una de las formas a través de las cuales se da nacimiento a las obligaciones de sujeto plural es a través de la subrogación parcial. Otra forma es la cesión parcial de créditos. En ambos casos se podría haber estado en presencia de una obligación de sujeto simple o singular y a través de estas figuras jurídicas de cesión parcial de derechos o pago con subrogación parcial, se transforma esa obligación de sujeto singular en una obligación de sujeto plural.

Entonces éste sería el segundo, y más emblemático, supuesto de pago con subrogación.

### 2.3. Del acreedor que paga la deuda del deudor común a otro acreedor que le es preferente

Establece el inciso 3 del artículo 1260 que la subrogación opera de pleno derecho a favor del acreedor que paga la deuda del deudor común a otro acreedor que le es preferente.

Veamos un ejemplo.

Supongamos que existen dos obligaciones. En las dos obligaciones el deudor es la misma persona, aunque el acreedor es distinto en cada una de ellas.

Se trata de dos obligaciones absolutamente independientes. Una primera, obligación por un monto de 5,000 dólares americanos; en tanto la segunda obligación asciende a 500,000 dólares americanos.

La primera deuda vence el 21 de noviembre del 2007, y la segunda vence el 20 de octubre de 2008. Vence la primera deuda, pero el deudor no la paga por encontrarse momentáneamente en una situación de iliquidez. Ante esta situación, el acreedor «A1» empieza a practicar los actos necesarios para ejecutar al deudor. Enterado de esto, el acreedor de la segunda obligación, esto es «A2», decide intervenir, puesto que la ejecución del patrimonio del deudor común podría perjudicar sus intereses, toda vez que confía en que el deudor se recuperará pronto y pagará.

Como hemos señalado, el crédito de «A2» es de 500,000 dólares americanos, en tanto el de «A1» es sólo de 5,000 dólares americanos; por lo que el primero prefiere pagar esos 5,000 dólares americanos y evitar la ejecución del patrimonio. Al pagar los 5,000 dólares americanos, «A2» se ha convertido en acreedor de dos obligaciones que, además de tener como deudor a la misma persona, se encuentran garantizadas con el mismo patrimonio. Una de las obligaciones ya venció, la otra no. «A2», como único acreedor, es ahora quien decidirá si ejecuta o no el patrimonio, y en qué momento lo hace.

Ahora bien, en verdad el supuesto del inciso 3 del artículo 1260 está de más. ¿Por qué? Porque este tercero también es un interesado; es un tercero con legítimo interés. De tal manera que no hubiese sido necesario, en estricto, el inciso 3, por encontrarse ya comprendido dentro de los alcances del inciso 2 del propio artículo 1260 del Código Civil.

## 3. SUBROGACIÓN CONVENCIONAL

La segunda modalidad del pago con subrogación, la convencional, se encuentra regulada por el artículo 1261, precepto que consta de tres incisos, cada uno de los cuales contempla un supuesto diferente:

> Artículo 1261.- «*La subrogación convencional tiene lugar:*
>
> *1.- Cuando el acreedor recibe el pago de un tercero y lo sustituye en sus derechos.*
>
> *2.- Cuando el tercero no interesado en la obligación paga con aprobación expresa o tácita del deudor.*
>
> *3.- Cuando el deudor paga con una prestación que ha recibido en mutuo y subroga al mutuante en los derechos del acreedor, siempre que el contrato de mutuo se haya celebrado por documento*

*de fecha cierta, haciendo constar tal propósito en dicho contrato y expresando su procedencia al tiempo de efectuar el pago».*

### 3.1. Cuando el acreedor recibe el pago de un tercero y lo sustituye en sus derechos

De acuerdo con lo dispuesto por el inciso 1, la subrogación convencional tiene lugar cuando el acreedor recibe el pago de un tercero y éste lo sustituye en sus derechos.

Para que se configure el supuesto, un tercero debe pagar al acreedor la deuda. El tercero, sin embargo, no debe ser un interesado, pues de serlo, se estaría configurando el supuesto regulado en el inciso 2 del artículo 1260 sobre subrogación legal.

Para que opere la subrogación convencional no es suficiente que un tercero no interesado realice el pago. Se requiere, además, de un acuerdo subrogatorio entre el tercero no interesado y el acreedor a quien le paga. Es en este acuerdo, precisamente, en el que se establece que el tercero no interesado se subroga en el lugar del acreedor. Por ello, a este supuesto se le denomina «subrogación convencional».

Ese acuerdo subrogatorio constituye la sutil diferencia entre lo previsto por el artículo 1261, inciso 1, y lo preceptuado en el segundo párrafo del artículo 1222 del Código Civil. En la práctica esa diferencia significa que con el pago con subrogación el tercero pasa a ocupar el lugar del acreedor, con todas las garantías de la obligación y privilegios que le corresponda, como por ejemplo el orden de prelación.

Distinto es el caso del artículo 1222, ya que, como lo hemos señalado en este supuesto, quien paga no se sustituye o subroga. Aquí la obligación original se extingue y lo único que otorga la ley a quien paga es el derecho de repetir contra el deudor.

### 3.2. Cuando el tercero no interesado en la obligación paga con aprobación expresa o tácita del deudor

De acuerdo con lo dispuesto por esta norma, la subrogación convencional opera cuando el tercero no interesado en la obligación paga con aprobación expresa o tácita del deudor.

Aquí no hay convenio subrogatorio entre el tercero y el acreedor, pero sí entre el tercero y el deudor, en el sentido de que el deudor lo ha autorizado para que pague su deuda.

El consentimiento es expreso cuando el deudor solicita al tercero que pague su deuda, o cuando el tercero le solicita autorización para efectuar el pago, o cuando indica que va a pagarla y el deudor lo acepta explícitamente.

Hay consentimiento tácito cuando el deudor realiza determinados comportamientos que induzcan, indudablemente, a pensar que está de acuerdo con el pago efectuado por el acreedor.

¿Y qué tipo de conductas lograrían ese efecto? Aquellas que resulten contradictorias con el hecho de que el deudor no estuviera de acuerdo.

Así, por ejemplo, si la obligación consistiera en pintar una casa, sería contradictorio que el deudor le alcanzara al tercero latas de pintura para que éste ejecute la prestación debida.

También podría considerarse como consentimiento tácito, el hecho de que el deudor reconozca al tercero como nuevo acreedor, pagándole. Esto último, sin embargo, no termina de ser claro, en tanto que podría estarse configurando el supuesto del segundo párrafo del artículo 1222, y no el del pago con subrogación convencional.

Más inquietudes genera el silencio del deudor y si puede o no otorgársele a tal silencio el calificativo de consentimiento tácito, con los efectos que ello supone.

Este caso podría ser uno en el cual la ley esté dando valor al silencio. ¿Por qué? Porque sin duda la mayoría de supuestos en donde uno puede imaginar la presencia de un asentimiento tácito del deudor, son aquellos en que el deudor toma conocimiento de que el tercero desea pagar, pero no hace nada para impedir que el tercero pague.

Así, el artículo 142 del Código Civil de 1984 establece que el silencio importa manifestación de voluntad cuando la ley o el convenio le atribuyen ese significado.

Si bien la ley no asigna valor al silencio, creemos que sería válido sostener que el inciso 2 del artículo 1261 es uno de aquellos supuestos en los cuales, por excepción, el Derecho sí otorga valor al silencio. De

sostener lo contrario, esto es que el silencio no puede calificarse como consentimiento tácito a efectos de aplicar lo dispuesto en la norma citada, tendríamos que restringir su aplicación a los casos —muy poco comunes, por cierto— en los cuales el deudor colabora para que el otro pague.

Debemos advertir que reconocemos que la posición expuesta no es sólida, en la medida en que, efectivamente, la regla general prescrita por el artículo 142 del Código Civil señala que el silencio sólo tiene valor cuando se lo otorga la ley o el contrato.

### 3.3. Cuando el deudor paga con una prestación que ha recibido en mutuo y subroga al mutuante en los derechos del acreedor, siempre que el contrato de mutuo se haya celebrado por documento de fecha cierta, haciendo constar tal propósito en dicho contrato y expresando su procedencia al tiempo de efectuar el pago

Revisemos el tercero de los supuestos en los que opera la subrogación convencional.

Según lo establecido por el inciso 3 del artículo 1261 del Código Civil, la subrogación convencional tiene lugar cuando el deudor paga con una prestación que ha recibido en mutuo y subroga al mutuante en los derechos del acreedor, siempre que el contrato de mutuo se haya celebrado por documento de fecha cierta, haciendo constar tal propósito en dicho contrato y que se haya expresado su procedencia al tiempo de efectuar el pago.

Utilicemos un ejemplo para entender cómo funciona esta figura.

Imaginemos que «D» le debe a «A» 100,000 nuevos soles, pero no cuenta con el dinero para pagarle a la fecha de vencimiento de la obligación. No hay un tercero no interesado que pague la deuda, por lo que no se configura el supuesto del inciso 2 del artículo 1261.

«D» opta por conseguir el dinero necesario a través de un tercero con el que celebra un contrato de mutuo. Este tercero (mutuante) le presta los 100,000 nuevos soles a «D» (mutuatario), y así éste puede cumplir con pagar su obligación. La ley requiere, además, para que el contrato de mutuo dé lugar a la subrogación, que el propósito del mutuo se señale en dicho contrato y que éste sea de fecha cierta. Adicionalmente, al momento de realizar el pago, debe expresarse su procedencia.

La primera pregunta a formularnos es ¿cuántas obligaciones existen en este supuesto?

En este caso tenemos dos obligaciones. Por un lado, la obligación contraída entre el tercero (mutuante) y «D» (mutuatario), en virtud de la cual el segundo le debe al primero 100,000 nuevos soles. Por otro lado, la obligación entre «D» y «A», cuya prestación consiste también en entregar 100,000 nuevos soles.

Identificadas ambas obligaciones, lo que corresponde preguntarnos es si después del pago que efectúa «D» a favor de «A», esa obligación subsiste.

La respuesta es que, en efecto, ella subsiste, porque de lo contrario no habría subrogación; no habría forma en que el tercero (mutuante) ocupe el lugar de acreedor en esa obligación, que «D» ya pagó.

Al subsistir la obligación luego de que «D» ejecuta la prestación debida, tendríamos que «A» pierde la calidad de acreedor en tanto es sustituido por el tercero (mutuante). Siendo ello así, tendríamos que «D» le debe al tercero 100,000 nuevos soles, por concepto de esta obligación.

Como puede inferirse, ese escenario nos presenta un problema, pues en el supuesto del inciso 3 del artículo 1261 «D» es deudor de dos obligaciones diferentes.

Si bien el sentido común nos indica que «D» sólo le debe al tercero (mutuante) los 100 mil nuevos soles que éste le prestó para que pague la deuda, ello no se deriva de la norma, en la medida en que, lo reiteramos, el precepto prevé la existencia de dos obligaciones, ninguna de las cuales se extingue con el pago, ya que de extinguirse no podría haberse producido la subrogación. Es así que, en teoría, el deudor debería 200,000 nuevos soles.

La proposición es que dicho problema no está resuelto adecuadamente por la ley, por lo que, en estricto, el tercero (mutuante), debido al texto del inciso 3 del articulo 1261, sería, al menos en teoría, acreedor de dos obligaciones respecto del mismo deudor.

¿Cómo debería resolverse ese problema?

A nuestro criterio, en la práctica esto se solucionaría haciendo que el tercero tenga que escoger a través de qué vía va a cobrar al deu-

dor. Así, el tercero tendría que decidir si prefiere cobrar en virtud de la subrogación o en virtud del contrato de mutuo, según lo que más le convenga, ya sea porque una de las dos obligaciones se encuentre más garantizada o porque genere mayores intereses.

¿Y por qué pensamos que debería escoger una de estas dos vías para cobrar?

Porque en buena cuenta «D» sólo debe 100,000 nuevos soles y sería un contrasentido que pudieran cobrarle el doble. ¿Cómo cobrar dos veces por un mismo préstamo?

Por lo confusa que resulta esta norma, juzgamos que mejor hubiese sido no incluir en el Código Civil el citado inciso 3, que por lo demás ni siquiera resulta necesario. En efecto, si un tercero presta dinero a alguien para que cumpla con pagar una deuda, no debería producirse la subrogación cuando aquél realiza dicho pago. El pago debería simplemente extinguir la obligación que tenía el deudor con su acreedor. Quien presta el dinero podría cobrar su acreencia en virtud de la obligación nacida al celebrase el contrato de mutuo.

## 4. EFECTOS DEL PAGO CON SUBROGACIÓN

El artículo 1262 del Código Civil se encarga de establecer cuáles son los efectos de la subrogación, sea legal o convencional; a saber: la sustitución del subrogado en la titularidad de todos los derechos, acciones y garantías del antiguo acreedor, hasta por el monto de lo que hubiese pagado. Dentro de tal orden de ideas, el texto del referido numeral es el siguiente:

> Artículo 1262.- «*La subrogación sustituye al subrogado en todos los derechos, acciones y garantías del antiguo acreedor, hasta por el monto de lo que hubiese pagado*».

Consideramos que la frase «hasta por el monto de lo que hubiese pagado», utilizada por la parte final del artículo 1262 del Código Civil, permite concluir en que el pago del subrogado al subrogante podrá o no cubrir la totalidad de la deuda. Si cubriese el íntegro, resultará evidente que operará una subrogación total; en cambio, si pagase sólo una parte, operará una subrogación parcial.

Debe señalarse, además, que lo dispuesto en la parte final del artículo 1262 del Código Civil, concuerda con lo establecido en el artículo 1264,

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

Queda claro que sólo procede la posibilidad de una subrogación parcial cuando se cumpla en parte la deuda. Debe recordarse, por lo demás, que el pago parcial es posible cuando se trata de una obligación divisible.

Agregamos, por último, que la técnica del Código vigente supera al Código anterior, pues éste se refería a obligaciones dinerarias, mientras el actual, con la terminología que ha adoptado, también alude a prestaciones de otra naturaleza.

## 5. NATURALEZA DEL COBRO EN LA RELACIÓN INTERNA

> *Artículo 1263.- «En los casos del artículo 1260, inciso 1, el subrogado está autorizado a ejercitar los derechos del acreedor contra sus codeudores, sólo hasta la concurrencia de la parte por la que cada uno de éstos estaba obligado a contribuir para el pago de la deuda, aplicándose, sin embargo, las reglas del artículo 1204».*

El artículo 1263 del Código Civil, determina que se desvanezcan la indivisibilidad y la solidaridad como caracteres de la obligación.

Queremos expresar que, desde el momento en que el codeudor de una obligación indivisible o solidaria, efectúa al acreedor o a los acreedores el pago del íntegro de la deuda (más allá de la porción que le correspondía en la relación interna con sus demás codeudores), no es de plena aplicación lo dispuesto por el artículo 1262, precepto que establece que la subrogación sustituye al subrogado en todos los derechos, acciones y garantías del antiguo acreedor, hasta por el monto de lo que hubiese pagado.

Resulta evidente que aquí el codeudor de una obligación indivisible o solidaria que paga el íntegro de la misma, no gozará de los beneficios inherentes a las obligaciones de dicha categoría, sino que sólo podrá demandar a cada uno de sus codeudores por la parte que les corresponde en la relación interna, vale decir, como si se tratase de una obligación divisible o mancomunada.

Ello significa que el artículo 1263 constituye una excepción a la regla prevista por el artículo 1262, de modo que la indivisibilidad y la solidaridad se destruyen desde el momento en que se efectúa el pago en las condiciones que hemos establecido.

Cabe precisar que el artículo 1263 del Código Civil, bajo comentario, agrega que resulta de aplicación al caso lo dispuesto por el artículo 1204 del propio Código. Como se recordará, el artículo 1204 corresponde al tratamiento de las obligaciones solidarias, pero también resulta aplicable a las obligaciones indivisibles, en virtud de la norma de remisión del artículo 1181.

El artículo 1204 establece que si alguno de los codeudores es insolvente, su porción se distribuye entre los demás, de acuerdo con sus intereses en la obligación; y agrega que si el codeudor en cuyo exclusivo interés fue asumida la obligación es insolvente, la deuda se distribuye por porciones iguales entre los otros codeudores.

Por lo demás, remitimos al lector al análisis del artículo 1204 del Código Civil.

## 6. SUBROGACIÓN PARCIAL

El Código Civil de 1984, al igual que su predecesor el Código Civil de 1936, se aparta del sistema legislativo y doctrinario que reconoce un mejor derecho al primitivo acreedor, quien al concurrir con el tercero subrogado, le otorga preferencia, de acuerdo con el principio *nemo contra se surogasse censetur*; ello, a través del artículo 1264, cuyo texto es el siguiente:

> Artículo 1264.- *«Si el subrogado en lugar del acreedor lo fuese sólo parcialmente, y los bienes del deudor no alcanzasen para pagar la parte restante que corresponda al acreedor y la del subrogado, ambos concurrirán con igual derecho por la porción que respectivamente se les debiera».*

Por último, conviene señalar que esta disposición no es de orden público, razón por la cual sería lícito que el subrogado renuncie a ella, aun en el acto mismo del pago, reconociendo la prelación del subrogante.

## Capítulo Sexto
## DACIÓN EN PAGO

### 1. CONCEPTO Y CONSIDERACIONES GENERALES

Es claro que sólo el exacto cumplimiento de la prestación debida permite al deudor obtener su liberación. Esto, de acuerdo al principio de identidad en el pago, recogido en el artículo 1132 del Código Civil de 1984 —relativo a las obligaciones de dar bienes ciertos—, norma que no obstante su ubicación resulta aplicable a todas las obligaciones, independientemente de su naturaleza. Sin embargo, la ley civil peruana reconoce dicha liberación cuando, mediando acuerdo de los contratantes, el deudor ejecuta —en pago de lo que debe— una prestación distinta a la originalmente pactada.

En efecto, siendo la norma prevista en el artículo 1132 del Código Civil Peruano una de carácter dispositivo, bien pueden acreedor y deudor pactar la extinción de la relación obligatoria mediante el cumplimiento de una prestación nueva y distinta. A este convenio la ley peruana lo denomina dación en pago.

Bajo esta perspectiva, la dación en pago es el medio extintivo de obligaciones por ejecución de una prestación diversa al objeto de la deuda.

De este modo, la satisfacción del interés del acreedor podrá llevarse a cabo mediante la *solutio* (exacto cumplimiento de lo pactado) o, de manera excepcional, a través de la *satisfactio* (cumplimiento de una prestación distinta a la debida que, por acuerdo de partes, satisface la acreencia y libera al deudor).

La dación en pago, también denominada cesión en pago, adjudicación en pago o pago por entrega de bienes, se define en doctrina como una convención sustitutiva del objeto del pago.

En nuestra opinión, la dación en pago no es sino un supuesto más de novación objetiva, en la medida en que para que ella se produzca resulta necesario haber procedido a extinguir la obligación originaria, dando vida a una nueva, por efímera que sea, que es aquélla que tendrá que cumplirse.

La extinción de la obligación original resulta ineludible, independientemente de la magnitud (breve o considerable) del lapso que medie entre el acuerdo de dación en pago y el cumplimiento de la nueva obligación que de tal acuerdo emane.

Resulta evidente que la dación en pago implica un convenio novatorio entre acreedor y deudor, en la medida en que ambos deciden el cumplimiento de la obligación con prestación distinta a la originalmente pactada. No entendemos como posible el supuesto de pagar con prestación diferente sin haber modificado previamente la obligación original, pues ello equivaldría a admitir que se puede pagar una obligación con algo que nunca se debió, ni siquiera por un instante.

Dentro de tal orden de ideas, en opinión nuestra, la dación en pago no es una figura que tenga autonomía conceptual. Se trata, simple y llanamente, de un caso de novación objetiva.

El Código Civil Peruano de 1984 regula en el artículo 1265 la *datio in solutum* como un medio de extinción de obligaciones. En este sentido, la dación en pago puede catalogarse de la manera que anotamos a continuación:

> Artículo 1265.- «*El pago queda efectuado cuando el acreedor recibe como cancelación total o parcial una prestación diferente a la que debía cumplirse*».

Por su idoneidad, la dación en pago puede ser considerada como un medio no ideal de pago, porque supone una desviación del destino natural de la obligación originaria, cual es el cumplimiento de lo debido inicialmente, en la medida en que a través de la dación en pago se cumple con una prestación distinta a la originalmente debida.

De acuerdo a sus efectos, la *datio in solutum* es un medio extintivo de obligaciones, ya que a través de ella la obligación primigenia deja de tener existencia.

Por las partes que intervienen, esta figura jurídica constituye un medio bilateral de pago, por cuanto requiere el acuerdo de ambas partes (acreedor y deudor) para que el acreedor reciba como cancelación total o parcial una prestación distinta a la originalmente pactada.

Según la intervención de la voluntad humana, podríamos decir que la dación en pago es un medio voluntario de extinción de obligaciones, por considerar que lejos de operar de pleno derecho, la *datio in solutum* requiere, de acuerdo con lo señalado, de las voluntades del acreedor y deudor.

Conforme al criterio clasificatorio de la normalidad, la dación en pago es un medio normal de extinción de obligaciones, pues al encontrarse regulada en la Sección Segunda del Libro VI del Código Civil, se configura como una de las vías que el Derecho auspicia para la referida finalidad.

## 2. REQUISITOS

Ahora bien, para que pueda configurarse la dación en pago es necesaria la presencia de los siguientes requisitos:

### 2.1. Preexistencia de una obligación válida

Constituye requisito esencial de la dación en pago la existencia previa de una obligación de objeto física y jurídicamente posible, contraída entre sujetos capaces y cuyo pago se halle pendiente.

Cabe preguntarse, además, si la obligación primigenia necesariamente debe ser líquida, pura y exigible para que pueda operar la figura bajo análisis.

A nuestro modo de ver, la dación en pago, en tanto medio voluntario de extinción de obligaciones, opera bajo la autonomía de la voluntad de los contratantes. En este sentido, nada obsta para que acreedor y deudor, de mutuo acuerdo, convengan en extinguir una deuda líquida o ilíquida, vencida o no vencida, e incluso sujeta a otras modalidades del acto jurídico, dando en pago una prestación diferente y contraída

en términos distintos y en las condiciones que las partes acuerden. Y formulamos estas afirmaciones porque, tal como ya lo hemos expresado, la dación en pago constituye una novación por cambio de objeto.

Sobre el particular, Eduardo Serrano[154] anota que no existe inconveniente en admitir como objeto de la dación en pago bienes futuros o conductas sometidas a condición o término; lo que ocurrirá en dichos casos será que al estimar que no hay dación en pago hasta que se ejecute la prestación asumida, resultará evidente que el efecto extintivo de la dación en pago se producirá cuando el bien deje de ser futuro y la condición o término se verifiquen. Mientras ello no ocurra es evidente que la obligación originaria continúa subsistente.

No obstante lo señalado, quienes distinguen la dación en pago de la novación por cambio de objeto sostienen una opinión contraria, al afirmar que la dación en pago opera únicamente sobre deudas exigibles, toda vez que sólo es posible convenir *datio in solutum* el día del vencimiento de la deuda y no con anterioridad.

Este criterio tiene coherencia para quienes admiten la dualidad de ambas instituciones, pues en caso contrario el acto jurídico tendría como naturaleza el de una novación objetiva y no el de una dación en pago. Habría dación en pago, en la medida en que —y así parece entenderlo la ley peruana— no se cree una nueva obligación. Pero en el caso propuesto ya se habría generado una nueva obligación, cuyo objeto, justamente, consistiría en bienes futuros o conductas sometidas a condición o término.

De otro lado, es preciso anotar que un sector de la doctrina afirma que debe existir imposibilidad de cumplir con la prestación originaria para que opere la dación en pago.

Por nuestra parte, discrepamos tajantemente de este parecer, en la medida en que estimamos que la dación en pago sólo se puede convenir en tanto la prestación que se encuentra *in obligatione* sea pasible de ejecutarse, es decir, que no haya imposibilidad de por medio.

Cuando el objeto de una prestación deviene en imposible de ejecutar, la obligación se extingue. Concretamente, cuando se trata de un bien

---

154 SERRANO, Eduardo. «Consideraciones sobre la dación en pago». En: *Revista de Derecho Privado*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1978, p. 431.

cierto, en caso de pérdida del bien resultan de aplicación las disposiciones contenidas en los artículos 1137 y 1138 del Código Civil Peruano.

Además, precisa señalarse que lo propio ocurrirá si la prestación resulta ser una de dar algún bien incierto o fungible, en la medida en que perezca el género o la especie, o si estamos en presencia de una prestación de hacer o una de no hacer, para las que hacemos extensivas las mismas consideraciones.

En suma, ante un supuesto de imposibilidad, la obligación simplemente ya no resultará susceptible de ejecutarse, se habrá extinguido y, por tanto, resulta lógico deducir que no cabría pactar dación en pago alguna, ya que ella implica una sustitución convencional para pagar con algo distinto de aquello que se debe. Pero, cuando ya no hay obligación, simplemente nada se debe, a no ser, en su caso, la secuencia de los daños y perjuicios, razón por la cual no podría configurarse la dación en pago.

Dentro de este orden de ideas, y contrariamente a lo señalado por Serrano Alonso, sí resulta indispensable conocer las causas por las cuales una prestación «no podría ser ejecutada», en la medida de que si ellas pasasen por un capricho del deudor (imposibilidad subjetiva), resultaría factible pactar una dación en pago, pero si realmente estamos hablando de una imposibilidad objetiva, entonces ya no habría lugar a celebrar un pacto de esta naturaleza.

### 2.2. Cumplimiento con una obligación distinta al objeto de la deuda

La diferencia existente entre la prestación originalmente pactada y la que se da en pago, es presupuesto esencial para que pueda configurarse la dación en pago.

Se ha dicho que la diferencia entre la prestación que se adeuda y la que sustituye —*aliud pro alio*— resulta tan esencial que, en realidad, es lo que configura la institución y proporciona el elemento diferenciador con otras instituciones afines.

Cuando en reemplazo de la entrega de un bien se satisface el interés del acreedor con la entrega de dinero, teóricamente se configura la llamada *datio in solutum rem pro pecunia.* Mientras que si se entrega un bien distinto al pactado, se tratará de una *datio in solutum rem pro re.* Asimismo, cuando se ejecuta un hecho en pago de una obligación de dar bienes, nos encontramos ante una *datio in solutum rem pro facto.*

Sin embargo, debemos precisar que algunas legislaciones excluyen las prestaciones dinerarias como contenido de la nueva obligación a dar en pago.

El Código Civil Peruano de 1936 sólo concebía la dación en pago cuando se entregaba alguna cosa que no fuese dinero en lugar del bien o hecho que se debía.

El Código Civil Peruano de 1984, sin embargo, adopta un concepto doctrinario más amplio, de modo que cualquiera que sea el objeto de la nueva obligación, siempre que se ejecute —con asentimiento del acreedor— en pago de la obligación originaria, configurará dación en pago. Así, en nuestro ordenamiento jurídico es posible que los contratantes estipulen una *datio in solutum rem pro pecunia, rem pro re, rem pro facto, facto pro factum* o *factum pro pecunia,* y en todos estos casos hay, indudablemente, *aliud pro alio.*

Sin perjuicio de lo anterior, debemos señalar que no siempre la entrega de títulos valores en sustitución de la prestación originaria configurará *datio in solutum.* Tal es el caso, por ejemplo, de la emisión de un título valor como pago del precio.

De este modo, si el precio de una venta se transforma en una deuda cambiaria, aquélla no se transforma en esencia; se modifica simplemente en el modo de cumplimiento: se ha convenido, en vez de un pago en efectivo, un crédito.

En este punto resulta pertinente traer a la memoria lo dispuesto por el artículo 1279 del Código Civil Peruano, en el sentido de que «*La emisión de títulos valores o su renovación, la modificación de un plazo o del lugar del pago, o cualquier otro cambio accesorio de la obligación, no producen novación*».

Hemos recordado esta norma, ya que lo preceptuado por ella, referido a la novación objetiva, resulta aplicable íntegramente al tema de la dación en pago (más aun si dentro de nuestra óptica la dación en pago carece de autonomía conceptual, siendo únicamente un supuesto más de novación objetiva).

### 2.3. Consentimiento

Según se ha señalado, y tal como lo estatuye el artículo 1132, primera norma que consagra nuestro Código Civil a las obligaciones de

dar, el acreedor no puede ser obligado a recibir un bien cierto distinto de aquél que el deudor se había comprometido a entregar. Este precepto, como se recuerda, responde al principio de identidad en el pago.

Para el caso de las obligaciones de hacer y de no hacer, el Código Civil no ha previsto normas similares a las contenidas en el artículo 1132. No hay duda, sin embargo, de que dicho principio también es de aplicación a esa clase de obligaciones. De este modo, el acreedor de una prestación de dar, hacer o no hacer no puede ser obligado a recibir en pago la ejecución de una prestación distinta, aunque sea de la misma naturaleza, sin que exista acuerdo previo, sobre el particular, entre deudor y acreedor.

Es indudable que para ejecutar la prestación debida no se requiere inexorablemente de acuerdo entre acreedor y deudor. No sucede lo mismo en la dación en pago. Señala Carlos R. Fernández Rodríguez que el deudor no puede constreñir a su acreedor a recibir una prestación distinta de la debida —*aliud pro alio invito creditore solvi non potest*—, y el acreedor no puede, a su vez, obligar al deudor a realizar una prestación diferente de la debida —*aliud pro alio invito debitore peti non potest*—. Para que la obligación se extinga mediante la realización de una prestación distinta de la debida, es necesario el consentimiento del acreedor y del deudor. No puede llevarse a cabo la dación en pago, si no existe un acuerdo entre acreedor y deudor a este respecto.

De otro lado, se ha dicho que ambas declaraciones de voluntad han de reunir las exigencias generales en materia de consentimiento contractual. Entre ellas se destaca la capacidad como presupuesto inicial del consentimiento.

La dación en pago, sin duda, es un acto de disposición, porque además del acuerdo para variar el objeto de la prestación, implica el haber pagado o el pagar con la nueva prestación. De ahí que sea necesario, además de la concurrencia de los requisitos de validez del acto jurídico previstos en el artículo 140 del Código Civil, poder especial para ese cometido, cuando es el representante del acreedor quien debe asentir la ejecución de una prestación diversa a la que se debe, o el representante del deudor si es él quien dispone el cumplimiento de una prestación distinta a la pactada.

En tanto, como hemos expresado, para que se produzca dación en pago resulta indispensable que acreedor y deudor lleguen a un

acuerdo en tal sentido, vale decir, que ambos convengan en que ya no se pague al acreedor con el objeto debido inicialmente (hablando en el más amplio sentido del término), sino con uno distinto.

Este acuerdo, qué duda cabe, se celebra porque a ambas partes les interesa efectuar dicho cambio, pues en caso contrario, simplemente, no llegarían a celebrar el mencionado convenio.

Dentro de tal orden de ideas, no nos cabe duda alguna de que en ambas partes está presente, y de la manera más clara, el *animus novandi*, en la medida en que —de modo expreso— cambian una obligación por otra.

Más aún, consideramos que cabría preguntarnos si en el caso de la dación en pago, la novación que ella implica debe darse siempre de manera expresa, o si cabe que se produzca por incompatibilidad en la coexistencia simultánea de los dos objetos.

Creemos que no hay razones para suponer que en la dación en pago no puedan darse ambas posibilidades.

Ello porque, insistimos, se trata de un supuesto más de novación objetiva, y el Código Civil Peruano de 1984 contempla, dentro de sus normas, al segundo párrafo del artículo 1277, el mismo que prescribe que para que exista novación, es preciso que la voluntad de novar se manifieste indubitablemente en la nueva obligación, o que la existencia de la anterior sea incompatible con la nueva.

Aclaramos, sin embargo, que no nos referimos a todas las clases o supuestos de novación, ya que no todos ellos, por más esfuerzos dialécticos que se efectúen, son susceptibles de compararse con la dación en pago.

Como es sabido, la novación reviste dos grandes formas. La primera es la novación subjetiva, vale decir aquella en la que se produce una modificación en los sujetos de la relación obligatoria, permaneciendo el objeto de ella (la prestación) inalterado. La novación subjetiva, a su vez, puede ser por cambio de acreedor o por cambio de deudor. La novación subjetiva por cambio de deudor, a su turno, se presenta por delegación o por expromisión.

La otra forma de novación es la objetiva. Ella implica un cambio en el objeto de la relación obligatoria, quedando los sujetos de dicha relación tal como se encontraban antes de efectuarse la novación.

Como viene siendo expresado en estas páginas, la dación en pago tiene relación directa con el objeto de la obligación, ya que ella genera un pago con prestación distinta a aquella que es materia de la relación obligatoria. En tal sentido, resultan obvias las diferencias existentes entre la dación en pago y la novación subjetiva por cambio de acreedor o por cambio de deudor (en este último caso, en cualquiera de sus dos modalidades).

Todo lo contrario ocurre entre la dación en pago y la novación objetiva, pues es precisamente respecto a este tipo de novación que surgen las opiniones destinadas a asimilar o a diferenciar ambas figuras.

## 3. SUPUESTAS DIFERENCIAS EXISTENTES ENTRE LA DACIÓN EN PAGO Y LA NOVACIÓN OBJETIVA

En adelante, tal como lo hemos manifestado, vamos a comparar, en diversos rubros, dentro del régimen legal peruano vigente, a la dación en pago y la novación objetiva, a fin de comprobar que ambas figuras comparten similar naturaleza jurídica.

### 3.1. Sobre la alteración de la relación obligatoria

De acuerdo a lo establecido por el artículo 1265 del Código Civil, la dación en pago no implicaría, necesariamente, una alteración de la relación obligatoria, en la medida en que sólo se hace alusión a la posibilidad de efectuar el pago cuando el acreedor recibe como cancelación total o parcial una prestación diferente a la que debía cumplirse.

Sin embargo, ello no resulta posible ni teórica ni prácticamente, tal como ha sido explicado por nosotros. En la novación necesariamente se produce un cambio o sustitución de una obligación por otra, según lo prescribe el artículo 1277 del Código Civil.

### 3.2. Sobre la voluntad expresa para celebrar el acto

Debemos señalar que no obstante que la escueta regulación de la dación en pago no se coloca en esta hipótesis, entendemos que sería perfectamente posible que a esta figura jurídica le sean de estricta aplicación los conceptos regulados por el segundo párrafo del artículo 1277 del Código Civil, en el sentido de que para que exista novación es preciso que la voluntad de novar se manifieste indubitablemente en la nueva obligación, o que la existencia de la anterior sea incompatible con la nueva.

Sin embargo, habría que ser muy cautos con esta última alternativa, cuando nos encontremos ante una dación en pago, en la medida en que deberá existir la absoluta certeza de que, efectivamente, se está produciendo una dación en pago en relación a la obligación de que se trata, y no un pago distinto, derivado de otra causa-fuente, es decir, por efecto de alguna otra obligación diferente.

### 3.3. Sobre la sustitución de la obligación primitiva por otra, con prestación distinta o a título diferente

El artículo 1278 del Código Civil señala que hay novación objetiva cuando acreedor y deudor sustituyen la obligación primitiva por otra, con prestación distinta o a título diferente.

En el caso de la dación en pago, se entiende que ésta se verifica por la modificación de la prestación con que se paga, mas no por una variación en el título de la obligación, situación que nos colocaría —aun dentro del régimen legal peruano— irremediablemente dentro del campo de la novación objetiva.

### 3.4. Sobre acuerdos relativos a cambios accesorios

De conformidad con lo establecido por el artículo 1279 del Código Civil, la emisión de títulos valores o su renovación, la modificación de un plazo o del lugar del pago, o cualquier otro cambio accesorio de la obligación, no producen novación.

Por nuestra parte diremos que, en general, no produce novación cualquier cambio accesorio que se produzca en la obligación.

De acuerdo a lo previsto por el artículo 1351 del Código Civil, el contrato es el acuerdo de voluntades de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.

En ese orden de ideas, existe una posición doctrinaria que señala que con la dación en pago no se estaría extinguiendo una relación obligatoria, sino procediendo a su modificación o regulación.

Justamente respecto a este punto debemos señalar que es cierto que los contratos pueden tener esas cuatro funciones y, en tal sentido, la dación en pago, dentro del régimen legal del Código Civil Peruano, resultaría ser un convenio con una finalidad modificatoria.

La dación en pago, tal como es concebida por nuestro Código, simplemente constituye un pacto por el cual el acreedor accede a recibir un pago con una prestación distinta a la originalmente debida. A través de la dación en pago se estaría cambiando la obligación y, por ello, generaría efectos novatorios.

La dación en pago tiene como característica fundamental la variación del objeto debido, es decir, se trata de un pacto para alterar —de mutuo acuerdo— el principio de identidad en el pago. Pero es obvio que la dación en pago exige una diferencia sustancial o apreciable entre el objeto inicialmente pactado y aquél con el que se acuerda proceder a pagar, pues de lo contrario, vale decir, si el cambio fuese irrelevante, entonces nos encontraríamos ante el pago de lo mismo, sólo que tal vez con alguna modalidad especial, en cantidad mayor o menor, en plazo distinto, o, en general, con cualquier variación que no sea fundamental como para considerar que estamos ante una dación en pago y no ante el pago de lo mismo.

Por otra parte, consideramos que este principio debería ser interpretado de manera coherente con el artículo 1279 del Código Civil, pues el sentido de las apreciaciones que estamos realizando respecto a la dación en pago es, prácticamente, el mismo que para el caso de la novación objetiva.

Dentro de tal orden de ideas, sería posible sostener que tanto para la dación en pago como para la novación objetiva, ningún cambio accesorio en la prestación a pagar da origen a alguna de las dos figuras mencionadas.

### 3.5. Sobre la supervivencia o extinción de las garantías prestadas por terceros

De acuerdo a lo establecido por el artículo 1283 del Código Civil, en la novación no se transmiten a la nueva obligación las garantías de la obligación extinguida, salvo pacto en contrario.

Como ha sido señalado, en la dación en pago se produce —al momento de celebrarse el acuerdo en virtud del cual se podrá pagar con prestación distinta— una extinción de la obligación existente entre acreedor y deudor; lo que significa, en buena cuenta, que dentro del régimen legal peruano, una dación en pago en la que todavía no se ha verificado el pago, implica que el deudor deba al acreedor una presta-

ción diferente a la que en origen le debía. Esta situación —doctrinaria y conceptualmente— nos parece correcta (y justamente por esto es que le negamos autonomía conceptual a la dación en pago).

Por tal razón, luego de celebrado un acuerdo de dación en pago, en tanto el pago todavía no se hubiese verificado, deberá entenderse que está vigente la nueva obligación. Dentro de tal orden de ideas, en relación al tema de las garantías que aseguran el cumplimiento de dicha obligación, ellas se habrán extinguido, en la medida en que ha habido extinción de la obligación primitiva y la sustitución de esta obligación por otra.

### 3.6. Sobre la posibilidad de acordar un pago sujeto a condición suspensiva, siendo la obligación original una pura y simple

De conformidad con lo previsto por el primer párrafo del artículo 1284 del Código Civil, cuando una obligación pura se convierte en otra sujeta a condición suspensiva, sólo habrá novación si se cumple la condición, salvo pacto en contrario.

Este precepto, propio de la novación, también resultaría aplicable al caso de la dación en pago, en la medida en que dentro de esta figura se produce la extinción de una obligación y el nacimiento de otra. Sin embargo, cabría preguntarse si resultaría posible que se diera el caso de que se celebre una dación en pago, pero las partes acuerden en esta dación en pago que se pagará con una prestación distinta a la debida, sujetando este hecho a la eventualidad de una condición o al advenimiento de un plazo.

Creemos que ello es factible y que tal situación no impediría que se produzca una dación en pago, en la medida en que nosotros negamos cualquier relevancia a las dimensiones del lapso que debe mediar entre el acuerdo de dación en pago y el momento en que, efectivamente, se verifique dicho pago.

### 3.7. Sobre la posibilidad de acordar un pago puro y simple, siendo la obligación original una sujeta a condición suspensiva

En virtud de lo establecido por el segundo párrafo del artículo 1284 del Código Civil, las mismas reglas del primer párrafo de este numeral se aplican si la antigua obligación estuviera sujeta a condición suspensiva y la nueva fuera pura.

En lo que respecta a este párrafo, lo cuestionamos por considerar que la norma carece de sentido, y que los principios que deberían aplicarse son exactamente los contrarios.

Pero, no obstante nuestra posición al respecto, debemos señalar que en este punto también sería posible imaginar una dación en pago, en la cual se proponga hacer un pago puro y simple con una prestación distinta a la debida originalmente, que hubiese estado sujeta a condición suspensiva.

### 3.8. Sobre la posibilidad de acordar un pago sujeto a condición resolutoria, siendo la obligación original una pura y simple

De acuerdo a lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 1285 del Código Civil, cuando una obligación pura se convierte en otra sujeta a condición resolutoria, opera la novación, salvo pacto en contrario.

Es así que se podría imaginar que aquello que se hubiese acordado pagar en vez del objeto de la obligación contraída, esté sujeto a una condición resolutoria. Esta situación, sin embargo, no impediría que estuviéramos en presencia de una dación en pago.

### 3.9. Sobre la posibilidad de acordar un pago puro y simple, siendo la obligación original una sujeta a condición resolutoria

El segundo párrafo del artículo 1285 del Código Civil prescribe que similares reglas que aquéllas contenidas en el primer párrafo de este numeral se aplican, si la antigua obligación estuviera sujeta a condición resolutoria y la nueva fuera simple.

Naturalmente que ello, dentro de la libertad contractual recogida por nuestro Código Civil, resultaría factible de pactarse a manera de dación en pago.

### 3.10. Sobre la nulidad de la obligación original

El artículo 1286, primer párrafo, establece que si la obligación primitiva fuera nula, no existe novación. Resulta obvio que si estuviésemos frente a una obligación nula, no cabría la posibilidad de pactar una dación en pago en torno a la misma, pues también sería nula.

### 3.11. Sobre el carácter anulable de la obligación original

El artículo 1286, segundo párrafo, señala que si la obligación primitiva fuera anulable, la novación tiene validez si el deudor, conociendo del vicio, asume la nueva obligación.

En el caso de la dación en pago, si estuviésemos frente a una obligación anulable, ésta sería una obligación con validez actual e invalidez pendiente, la misma que podría llegar o no a verificarse en algún momento. De acuerdo con esta consideración, mientras una obligación anulable no se anule, es válida y, en tal sentido, no habría razón alguna para proscribir la posibilidad de celebración de una dación en pago.

### 3.12. Sobre la nulidad o anulación de la obligación primitiva

En virtud de lo establecido por el artículo 1287 del Código Civil, si la nueva obligación se declara nula o es anulada, la primitiva obligación revive, pero el acreedor no podrá valerse de las garantías prestadas por terceros.

Algo similar a lo señalado en este numeral sería susceptible de presentarse en la dación en pago, pues esta figura, lo reiteramos, constituye sólo un supuesto más de novación objetiva.

## 4. EFECTOS DE LA DACIÓN EN PAGO

Desde el punto de vista práctico, el tema de la naturaleza jurídica de la dación en pago parecería indiferente. No obstante, de la posición que se adopte al respecto van a derivarse los efectos que a la misma deban atribuirse. Al haber adoptado nosotros la teoría que considera a la dación en pago como un supuesto de novación objetiva, estimamos que los efectos de la dación en pago serían los que mencionamos a continuación.

Por considerar que la dación en pago es un supuesto de novación objetiva, en nuestra opinión la extinción definitiva y absoluta de la obligación originaria y de las garantías reales o personales que sobre ésta se hubiesen constituido, son consecuencia de esta institución.

Sin embargo, no existe un criterio unívoco sobre el tema.

Así, por ejemplo, en caso de que el acreedor del bien dado en pago sea vencido en un proceso sobre la propiedad de dicho bien, se discute

en doctrina si la obligación primitiva revive o no, de forma tal que el acreedor pueda exigir el cumplimiento de la deuda originaria.

Por otro lado, si la dación en pago es sólo un supuesto de novación objetiva, resulta evidente que en materia de la teoría del riesgo, los efectos de ambas figuras serán exactamente los mismos.

Dentro de tal orden de ideas, entendemos que si se ha producido una dación en pago o una novación objetiva, hasta antes de haberse efectuado el pago (que en el caso de las obligaciones de dar equivale a decir hasta antes de haberse entregado el bien), la teoría del riesgo y los alcances del artículo 1138 del Código Civil se vinculan ineludiblemente con el bien objeto de la nueva obligación. Esto significa que lo que ocurra en relación al bien objeto de la primera obligación (la ya extinguida), no tendrá relevancia alguna.

Está claro que si se tratase de un contrato con prestaciones recíprocas también serían aplicables las disposiciones de los artículos 1431, 1432 y 1433 del Código Civil; y si, además, fuese un contrato de compraventa, serían aplicables los numerales 1567, 1568, 1569 y 1570 del referido cuerpo legal.

También resulta evidente que la teoría del riesgo sería aplicable a la nueva obligación cuando nos encontrásemos ante una obligación de hacer o de no hacer.

Con referencia al reconocimiento de las obligaciones, debemos señalar que si se presentase un supuesto de eventual reconocimiento de una obligación, luego de haberse celebrado un convenio de dación en pago, dicho reconocimiento podría recaer única y exclusivamente en la obligación surgida del acuerdo de dación en pago, y no de la anterior obligación ya extinguida.

En relación a la transmisión de las obligaciones a través de la cesión de derechos, resulta pertinente señalar que luego de producida una dación en pago y antes de verificarse dicho pago, sólo resultaría posible que el acreedor cediera a un tercero cesionario el derecho a hacer efectiva la nueva obligación, única subsistente. Es obvio que aquí no cabría ceder derechos que corresponderían a una obligación extinguida.

Resulta evidente, dentro de la línea de pensamiento expresada, que los efectos propios del artículo 1218 del Código Civil, que prescribe que

la obligación se transmite a los herederos, salvo cuando es inherente a la persona, lo prohíbe la ley, o se ha pactado en contrario, serán aplicables a la obligación que surge del acuerdo de dación en pago y no a la anterior.

Los mismos conceptos resultan de aplicación a los efectos de las obligaciones contenidas en el artículo 1219 del Código sustantivo.

Es claro que todas las disposiciones generales del pago sólo son aplicables a la obligación resultante del acuerdo de dación en pago, única exigible.

Si luego de concertado un acuerdo de dación en pago, media un lapso suficiente como para generar intereses, éstos se devengarán sobre la obligación nacida del acuerdo de dación en pago.

Si celebrado el acuerdo de dación en pago, el acreedor se negase a recibir el pago o, por alguna circunstancia distinta, se encontrara en la imposibilidad de recibirlo, el deudor tendrá el derecho de consignar la prestación debida, que, obviamente, sería aquélla fruto del acuerdo de dación en pago.

Si se presentase algún supuesto de imputación del pago entre un mismo deudor y un mismo acreedor de diferentes obligaciones, tendría que considerarse, para cualquier efecto, a la obligación surgida de la dación en pago.

Tanto en el supuesto de la subrogación de pleno derecho, como de la subrogación convencional, el pago que se efectúe debe estar referido a la nueva obligación. Resulta evidente que un eventual pago de la obligación primigenia —ya extinguida— no surtiría, para los fines de la subrogación, efecto alguno.

En lo referente al pago indebido, podría presentarse este supuesto si el deudor o un tercero, incurriendo en error de hecho o de derecho, pagara la obligación primitiva en lugar de la correspondiente al acuerdo de dación en pago.

Como reiteradamente lo hemos señalado, en nuestra opinión los efectos de la dación en pago son, fundamentalmente, los mismos que aquellos que corresponden a la novación objetiva. Al celebrarse una dación en pago se está concertando, en rigor, una novación objetiva, al cambiarse una obligación por otra. Pero esto no constituye obstáculo para que, luego de producida la dación en pago, se pueda volver a cele-

brar un nuevo acuerdo de dación en pago o novatorio (lo que en buena cuenta significa lo mismo) respecto de la nueva obligación.

## 5. APARENTE SUPUESTO EN QUE LA DACIÓN EN PAGO SE REGULA POR LAS NORMAS DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA

El artículo 1266 del Código Civil Peruano de 1984 regula un supuesto en el que las normas del contrato de compraventa resultarían aplicables a la dación en pago:

> *Artículo 1266.- «Si se determina la cantidad por la cual el acreedor recibe el bien en pago, sus relaciones con el deudor se regulan por las reglas de la compraventa».*

El precepto citado, al asumir la tesis que identifica la dación en pago con el contrato de compraventa, contradice la norma previa, esto es el artículo 1265, que acoge otra posición doctrinaria, es decir, aquélla que sostiene la autonomía conceptual de la dación en pago.

Por lo demás, si la hipótesis del artículo 1266 asimila la dación en pago al contrato de compraventa, por qué, nos preguntamos, no efectuar igual asimilación, cuando aparezcan semejanzas, a otros contratos, típicos o atípicos, de distintas prestaciones de dar, o de prestaciones de hacer o de no hacer.

Dentro de la tesis adoptada por el Código nacional, con la cual discrepamos, el cumplimiento de una prestación distinta a la que se debe, naturalmente con asentimiento del acreedor, no determinará que la diferente naturaleza de la nueva prestación cambie la naturaleza del contrato, debido a que la dación en pago, tal como es entendida por el Código Civil Peruano de 1984, es sólo un medio extintivo de las obligaciones (nunca un medio creador, modificatorio o regulador de las mismas).

Por tal razón, y siempre dentro de la posición asumida por nuestro Código Civil, el contrato originario permanecería siendo el mismo, a pesar de que se hubiera pagado con alguna prestación distinta a la debida.

Entendemos que la razón por la cual la Comisión Revisora del Proyecto de Código Civil incluyó el artículo 1266 en el Código Civil

fue la de lograr que se aplicaran a un contrato —al que originalmente no le eran aplicables— las normas sobre obligaciones de saneamiento, si luego de producida la dación en pago aparecía como que se había transferido la propiedad de un bien (obligación que no estaba presente en el contrato originario).

## 6. CONSIDERACIONES FINALES

Antes de concluir nuestro análisis sobre la dación en pago, precisamos señalar que existen dos normas complementarias en el Código Civil Peruano en las que se hace referencia a este medio extintivo de obligaciones: los artículos 1369 y 1593, en adición al artículo 1900 que dispone que el fiador queda liberado si el acreedor acepta del deudor un bien en pago de la deuda, aunque después lo pierda por evicción.

El artículo 1369 está ubicado dentro del Título I, Disposiciones Generales de los Contratos en General, y su texto es el siguiente:

> *Artículo 1369.- «No rigen las prohibiciones de los incisos 6 y 7 del artículo 1366 cuando se trate del derecho de copropiedad o de la dación en pago».*

En una primera impresión, no existiría argumento alguno que sustente la inclusión del artículo 1369 del Código Civil, como un supuesto de excepción a las prohibiciones establecidas de manera general en relación con la adquisición de derechos reales por contrato, legado o subasta pública, directa o indirectamente o por persona interpuesta, por el artículo 1366.

Pero sí lo hay, porque lo que se desea es evitar que las personas comprendidas dentro de las prohibiciones de la norma, celebren contratos sobre bienes que no estén prohibidos de adquirir, y que luego adquieran otros —esta vez sí prohibidos— vía dación en pago.

El otro precepto del Código Civil en el que se hace mención a la dación en pago es el artículo 1593, ubicado dentro del Capítulo relativo al Derecho de Retracto, en el Título referente al Contrato de Compraventa.

El texto de la norma es el siguiente:

> *Artículo 1593.- «El derecho de retracto también procede en la dación en pago».*

La lógica de este numeral es la misma que inspira al artículo 1369 antes comentado.

Pero, por lo demás, ese precepto resulta insuficiente, ya que los efectos que se desean evitar podrían ser obtenidos por las partes recurriendo a otros medios extintivos de las obligaciones, como por ejemplo la novación objetiva (uno de cuyos supuestos es la dación en pago) o la transacción, sólo por citar dos formas ante las cuales el artículo 1593 del Código Civil resulta palmariamente incompleto.

## Capítulo Séptimo
## PAGO INDEBIDO

### 1. CONSIDERACIONES GENERALES

Al abordar el estudio del pago indebido advertimos que éste constituye una diáfana proyección moral en el Derecho.

Sin duda, el contenido ético del pago indebido reconoce el principio según el cual por Derecho Natural no es conforme con la equidad hacerse rico sin derecho y en detrimento de otro —*iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiorem*—.

En este sentido, cuando por error se ejecuta una prestación sin que haya existido obligación de verificarla, se configura un pago indebido, un pago falto de equidad y, por tanto, contrario a la justicia; el cual se convierte en causa eficiente del derecho a exigir y de la obligación de restituir lo ilegítimamente pagado.

Si se acepta el cumplimiento de una prestación sobre la cual no se tenía derecho y que por error fue ejecutada, un elemental principio de justicia obliga a restituirla.

El Código Civil vigente legisla el pago indebido dentro del título del pago. Pareciera que un nexo de lógica analogía vincula el pago propiamente dicho con el tema de la *solutio indebiti*.

Según una primera opinión, la técnica legislativa adoptada por el Código Civil de 1984 no sería la apropiada, toda vez que el pago indebido no constituye verdaderamente un pago. Pago, se afirma, es

la ejecución íntegra de la prestación debida. Luego, si lo que se ejecuta no es debido, realmente no se configura un pago. En consecuencia, si no puede hablarse de pago sin que exista deuda, el pago indebido no supone un verdadero pago.

El pago indebido, por tanto, lejos de ser un efecto de las obligaciones, constituiría causa eficiente de las mismas. Por ello, el pago indebido sería causa fuente de la obligación de restituir lo indebidamente pagado y causa fuente de diversas obligaciones.

Bajo esta línea de pensamiento, lo propio hubiera sido que el pago indebido se regulase en el Libro VII del Código Civil vigente, dedicado a las fuentes de las obligaciones.

Sin embargo, la posición adoptada por el Código Civil Peruano de 1984 de legislar el tema del pago indebido en el Capítulo Séptimo del Título II, relativo al Pago, dentro de la Sección Segunda, correspondiente a los Efectos de las Obligaciones, no es criticable, en la medida en que, desde otro punto de vista, el pago indebido puede ser entendido como una desviación del pago, es decir, como un pago alejado del cumplimiento de los requisitos que debe tener todo pago.

En buena cuenta, podríamos señalar que el tema del pago indebido puede ser visto desde una doble perspectiva: de un lado, el apreciar el fenómeno como una causa eficiente de obligaciones, vale decir, como una fuente de obligaciones, visión desde la cual, naturalmente, la regulación de la materia no correspondería haber sido prevista en el Libro de las Obligaciones, sino en el de Fuentes de las Obligaciones; pero, desde la otra perspectiva, considerar al pago indebido como un alejamiento considerable y calificado de los cánones normales del pago, lo que explicaría su ubicación dentro del Libro de las Obligaciones.

No obstante, el pago indebido no reúne, desde luego, los requisitos que el Derecho impone al pago.

En efecto, el primer requisito del pago es la preexistencia de una obligación. Para que pueda hablarse de pago, resulta evidente que debe existir una obligación previa que haya generado, precisamente, el deber de cumplir.

Podríamos decir que el pago no basado en una obligación que le dé sustento, nos conduciría —de presentarse los requisitos de esta figura— al tema del pago indebido. Y este concepto nos llevaría a afir-

mar que el pago indebido no es otra cosa que el lado oscuro del pago, aquella faz de un pago en el cual no se verifica el cumplimiento de alguno de sus requisitos.

La segunda de las exigencias del pago consiste en que la prestación se efectúe con *animus solvendi*. El *animus solvendi* no es otra cosa que la voluntad del deudor para pagar, es decir, que cuando paga es consciente de lo que está haciendo y de que desea hacer lo que está haciendo (pagar).

Cabe observar que el pago efectuado sin *animus solvendi* podría también llevarnos a la figura del pago indebido, siempre y cuando se cumplan los demás requisitos que la legislación y la doctrina le atribuyen a esta institución. Sin lugar a dudas, el tema del *animus solvendi* tiene directa relación con el error, el mismo que constituye una de las exigencias del pago indebido.

Ello no significa que todo pago con ausencia de *animus solvendi* sea necesariamente un pago indebido. Sin embargo, en aquellos casos en los que esté presente el elemento del error (configurativo del pago indebido), sí habrá ausencia de *animus solvendi*.

Resumiendo, podríamos decir que no todo pago con ausencia de *animus solvendi* es indebido, pero que todo pago indebido sí tiene ausencia de *animus solvendi*.

Por otra parte, el tercero de los requisitos del pago es que se pague aquello que se debe.

Según hemos señalado, esta exigencia se relaciona con el principio de identidad en las obligaciones, el mismo que en el caso de las obligaciones de dar tiene su correlato en la primera de las normas del Derecho de Obligaciones, el artículo 1132 del Código Civil, numeral que reza: «*El acreedor de bien cierto no puede ser obligado a recibir otro, aunque éste sea de mayor valor*», no obstante lo cual —lo hemos expresado reiteradas veces— la trascendencia del tema abarca también a las obligaciones de hacer y a las de no hacer, pudiendo concluir en que el deudor está obligado, en virtud del principio de identidad, a ejecutar la prestación convenida y no otra.

También resulta evidente que el alejamiento del principio de identidad en la ejecución de una obligación podría llevarnos, si se cumpliesen los demás requisitos de esta figura, al tema del pago indebido, de tal

manera que estaríamos en presencia de una deformación del pago, tal como éste debe ser, lo que nos conduciría a pensar que a través de esta derivación el pago indebido se configura como un pago patológico, un pago que no reúne los requisitos del pago en estricto como medio extintivo de obligaciones.

El cuarto requisito del pago consiste en que se pague integralmente lo debido.

Ha sido dicho por nosotros que lo ideal en materia de pago sería que se cumpliese en los términos más precisos con lo pactado o con lo previsto por la ley, pero sabemos que en muchos casos no ocurre así, en la medida en que el cumplimiento se aleja de las dimensiones estipuladas o legales, en desmedro, por lo general, de los intereses del acreedor.

En estos supuestos, resulta evidente que se estaría yendo contra el principio de integridad en el pago, en la medida en que el deudor pague con prestaciones distintas o inferiores a las debidas.

Estimamos necesario recordar que el principio de integridad en el pago trae como correlato legislativo lo dispuesto en el artículo 1221 del Código Civil, norma que establece que: *«No puede compelerse al acreedor a recibir parcialmente la prestación objeto de la obligación, a menos que la ley o el contrato lo autoricen. – Sin embargo, cuando la deuda tiene una parte líquida y otra ilíquida, puede exigir el acreedor el pago de la primera, sin esperar que se liquide la segunda»*.

Cabe señalar que el pago que se aleje del principio de integridad, por exceso y no por defecto, sería también susceptible de conducirnos al pago indebido, de cumplirse, naturalmente, con los restantes requisitos que lo configuran.

De este modo, cuando un pago se aleje de sus requisitos, vale decir, cuando pierda ese rasgo de idoneidad que le es propio, se abre la puerta a un camino lleno de deformaciones, al fondo del cual está la faz más oscura del pago, una faz tan deformada que incluso llega al límite de discutirse su naturaleza misma de pago, de modo que, como ha sido visto, para algunos no es pago sino una fuente más de las obligaciones.

Si el tema del pago reviste dos caras, una es aquella perfecta, que reúne todos los requisitos de idoneidad; pero ese rostro puede irse

transformando, perdiendo alguno, algunos o todos aquellos atributos que lo hacían perfecto, de manera que mientras menos requisitos concurran en él, más se deformará.

Un rostro ya deforme, «feo» jurídicamente hablando, es aquél en el cual exista la ausencia de uno, varios o todos los requisitos del pago, lo que no nos ubica, necesariamente, en el tema del pago indebido, cuyas exigencias se analizan a continuación.

## 2. SUPUESTOS EN LOS QUE SE CONFIGURA EL PAGO INDEBIDO

Sobre la base de las consideraciones anotadas, se configura pago indebido en diversos supuestos, a saber:

### 2.1. El doble pago

Cuando por error se paga una deuda que ya estaba pagada, se configura un pago indebido.

Sería el caso en el que, por ejemplo, si después de la muerte de nuestro padre, un aparente acreedor suyo nos reclamase cierta suma de dinero que él le debía. Nosotros, creyendo equivocadamente que tal obligación se encontraba vigente, pagamos; y luego encontramos entre los documentos de la herencia, un recibo que prueba que nuestro padre ya había pagado dicha deuda. Sin duda, hemos pagado indebidamente: por error, inducidos por el supuesto acreedor; nos propusimos extinguir una deuda que ya no existía.

### 2.2. El pago en demasía

Si por error se paga en exceso, se paga indebidamente, de suerte que se tiene el derecho de exigir la restitución del excedente.

En este supuesto existía la obligación de verificar un pago, pero sólo respecto de lo adeudado. Sobre el exceso, en realidad, no existía deuda.

### 2.3. El pago de una deuda sujeta a condición aún pendiente

Quien contrae una obligación bajo condición y paga *pendente conditione*, paga indebidamente, toda vez que la condición suspende o resuelve la existencia de la obligación.

### 2.4. El pago de una deuda sujeta a plazo suspensivo

El tema atinente a la repetición de lo pagado durante la pendencia del plazo es controvertido.

Creemos que él adquiere otro matiz cuando el plazo pendiente para el cumplimiento de la obligación es considerable, como por ejemplo de un año. En este caso, el deudor que paga con tal anticipación debería tener el derecho a reclamar lo pagado, toda vez que el plazo faltante para que se produzca la fecha de vencimiento de esa obligación resulta a todas luces considerable.

Pero más allá de estos conceptos, el artículo 180 del Código Civil vigente es claro al estatuir la irrepetibilidad de lo pagado antes del vencimiento del plazo suspensivo, salvo ignorancia de dicho plazo.

Así, cuando el deudor paga antes del vencimiento del plazo suspensivo, a sabiendas de que lo hace por adelantado, no tiene derecho a la repetición; en tanto que si pagó ignorando el plazo, podrá repetir lo pagado.

### 2.5. El pago con prestación distinta a la debida

Hay *solutio indebiti* cuando por error se paga una deuda existente, pero con una prestación que no se debía.

Podría pensarse, sin embargo, que este supuesto de pago indebido configura una dación en pago.

Al respecto, debemos precisar que si bien la dación en pago supone la ejecución de una prestación diversa al objeto de la deuda, esta institución requiere inexorablemente de un acuerdo entre acreedor y deudor. De este modo, la ejecución de dicha prestación, lejos de realizarse por error, se efectúa en virtud de un convenio entre las partes.

Recordamos, por lo demás, que a entender nuestro, la dación en pago no es otra cosa que un supuesto más de novación objetiva. Dentro de tal orden de ideas, nosotros negamos autonomía conceptual a la dación en pago.

El error constituye, así, la nota característica que permite diferenciar a la dación en pago de este particular supuesto de pago indebido.

## 2.6. El pago sin causa

En relación al pago sin causa se han elaborado diversas posiciones en la legislación y en la doctrina extranjeras, según las cuales la *solutio sine causa* constituye, de un lado, una especie del pago indebido, y de otro, una institución jurídica distinta y autónoma de la *solutio indebiti*.

## 2.7. Otros supuestos de pago indebido

Adicionalmente anotamos como otro de sus supuestos a aquél en el cual una persona paga *proprio nomine* la obligación de otro, creyendo equivocadamente que es deudor.

Nos referimos al pago hecho por tercero por error.

Se ha dicho al respecto que si el acreedor o persona autorizada es quien recibe el pago, el mismo tiene causa, sea que lo hubiese practicado el deudor o un tercero; por lo tanto, para la viabilidad de la acción de repetición se debe demostrar el error de quien pagó.

Otros autores afirman que en esta hipótesis podría presumirse una liberalidad por parte del tercero *solvens*, salvo que éste probase que desconocía que estaba pagando una deuda ajena, en cuyo caso procede la acción de repetición.

A nuestro modo de ver, el pago hecho por quien se creía deudor a un acreedor real, constituye un pago indebido, siempre que se pague por error a nombre propio; esto es, sin intención de liberar a otro y sin que exista *animus donandi*. En este sentido deberá probarse el error con que se pagó para poder recobrar lo pagado indebidamente.

Por lo demás, es preciso señalar que el pago de una obligación natural no constituye un supuesto del pago indebido. Quien paga una deuda natural, paga lo que es debido, de suerte que, aunque fuera por error, no tiene derecho a exigir la restitución de lo pagado. Desde el Derecho Romano, la *natura debitum* excluye la *condictio indebiti*.

El Derecho ve aquí la oportunidad ideal para que una obligación natural llegue a tener cumplimiento. Y por ser un hecho inusual y debido, la ley no titubea en darle pleno valor jurídico, de tal manera que quien paga una obligación natural no podrá repetir lo pagado, pues pagó bien.

No debe confundirse, entonces, la inexigibilidad de una obligación y su existencia.

## 3. REQUISITOS DEL PAGO INDEBIDO

Para que pueda configurarse un supuesto de pago indebido son necesarios los siguientes requisitos:

### 3.1. El pago no debe ser debido

Presupuesto inicial de esta institución es la inexistencia de una obligación entre quien paga y quien acepta el pago.

A nuestro modo de ver, es claro que la institución del pago indebido entraña la ejecución de una prestación que no se debía, antes que el cumplimiento de una prestación diferente a la estipulada. No obstante, éste comprende también otras hipótesis en las cuales el pago —además de efectuarse por error— dista de lo estipulado.

### 3.2. El pago debe haberse efectuado por error

Este requisito emana de lo dispuesto en el artículo 1267 del Código Civil:

> *Artículo 1267.- «El que por error de hecho o de derecho entrega a otro algún bien o cantidad en pago, puede exigir la restitución de quien la recibió».*

Requisito esencial para pretender la repetición de lo pagado indebidamente es el error, el cual constituye una exigencia elemental sobre la base de que el Código Civil permite casi en forma irrestricta el pago por un tercero no obligado, el mismo que es perfectamente válido, salvo en el caso de las obligaciones *intuitu personae* por su naturaleza o por el pacto. Por lo demás, el pago también podría ser efectuado con *animus donandi*.

Cuando señalamos que el error es *condictio sine qua non* para que pueda hablarse de pago indebido, nos referimos al error de quien efectuó dicho pago.

Sobre el tema no hay discusión en doctrina; desde antiguo es claro que quien pretenda reclamar la restitución de una prestación debe haber actuado por error.

No obstante, quien acepta el pago puede también incurrir en error. En este caso, sin embargo, el error es considerado como el fundamento de una hipotética buena fe.

Ahora bien, conviene precisar que el error que da lugar a la repetición de lo indebidamente pagado puede ser de hecho o de derecho.

El error de hecho es una falsa o equivocada representación de la realidad, a través de la cual el agente considera supuestos distintos de los verdaderos, los mismos que lo llevan a celebrar un acto realmente no deseado.

El error de derecho supone una información parcial, incompleta, de las normas jurídicas. En ese sentido, este tipo de error plantea una serie de interrogantes.

Como una forma de evitar el incumplimiento de las normas imperativas o prohibitivas, según un principio de Derecho, la ignorancia de las leyes o el error de derecho no excusan el cumplimiento de las mismas.

En efecto, al presumirse que toda ley es conocida a partir de su publicación en el diario oficial *El Peruano*, el error de derecho que faculta a quien paga indebidamente a exigir la restitución de lo pagado, no puede ser entendido como un desconocimiento de la ley, sino como una interpretación equivocada del Derecho.

Otra cuestión a saber es si el error que configura al pago indebido es una simple equivocación o, a la luz de la teoría general del acto jurídico, un error vicio de la voluntad.

Resulta evidente que si la teoría del error en el acto jurídico fuese de estricta y absoluta aplicación al pago indebido, el error que lo configura no sólo importaría una equivocación en cuestiones de hecho o de derecho, sino, además, dicha equivocación debería ser esencial, conocible por la otra parte y legitimaría únicamente al *solvens* en virtud al perjuicio que el pago indebido le hubiese irrogado.

## 4. PAGO INDEBIDO RECIBIDO DE BUENA FE

Si por justicia se entiende tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, es justo que quien actúa de buena fe reciba un tratamiento distinto de aquél que obra de mala fe.

En efecto, el Derecho otorga a la buena fe una consideración especial y favorable, la cual se percibe con meridiana claridad en materia de pago indebido.

El artículo 1268 del Código Civil Peruano, exime de la obligación de restituir a quien hubiera recibido el pago indebido de buena fe y hubiese deteriorado o dejado extinguir las vías que el Derecho le franquea para el cobro de su crédito.

El texto completo del referido numeral es el siguiente:

> Artículo 1268.- «*Queda exento de la obligación de restituir quien, creyendo de buena fe que el pago se hacía por cuenta de un crédito legítimo y subsistente, hubiese inutilizado el título, limitado o cancelado las garantías de su derecho o dejado prescribir la acción contra el verdadero deudor. El que pagó indebidamente sólo podrá dirigirse contra el verdadero deudor*».

Al respecto, cabe preguntarnos a qué clase de buena fe alude el precepto bajo análisis. Y la respuesta es que sin lugar a dudas, el artículo 1268 del Código Civil hace referencia a la buena fe subjetiva de quien recibe el pago indebido.

Debemos recordar que si bien existen otras clasificaciones, la doctrina es unánime en reconocer una buena fe subjetiva —referida a la intención o creencia de las partes— y una buena fe objetiva —referida al obrar de las mismas—.

La buena fe subjetiva es identificada en doctrina con el elemento psicológico de la creencia.

Conforme a lo derivado del artículo 1267 del Código Civil, queda claro que el error de quien paga indebidamente es el error que configura el pago indebido, en tanto que el error de quien recibe el pago indebido es el fundamento de una hipotética buena fe.

Estimamos que en materia de pago indebido la buena fe de quien lo recibe debe tener como sustento al error.

El supuesto del artículo 1268 del Código Civil Peruano no es otro que el del pago efectuado por un tercero mediando error.

En la hipótesis de este precepto legal, quien recibe el pago indebido es acreedor, es quien tiene legítimo derecho a un crédito, no obstante lo

cual se presenta el pago indebido porque quien lo efectúa es persona distinta al deudor y obra por error, es decir, no paga por o en nombre del deudor, sino por considerarse equivocadamente obligado al pago.

Ahora bien, si quien recibe el pago indebido es *accipiens*, éste obrará de buena fe cuando equivocadamente crea que quien paga lo hacía por cuenta de su crédito, pese a que en la realidad de los hechos tal creencia es errónea.

Dentro de tal orden de ideas, es preciso analizar cuándo se configura el deterioro o extinción del derecho de crédito del acreedor, a que se ha hecho referencia.

Dicho deterioro o extinción se presenta cuando quien recibió el pago indebido de buena fe hubiese:

### 4.1. Inutilizado el título

En primer término, esta hipótesis se plantea cuando la obligación conste en títulos valores y el acreedor, creyendo que el pago se realizaba de manera legítima, hubiese devuelto o destruido el título valor.

Pero también, entre los diversos significados de la palabra «título», encontramos que ésta alude al documento que prueba la existencia de una obligación.

Los principales títulos con los que se demuestra la existencia de una obligación son, entre otros, los siguientes: el documento privado en el que consta el contrato o acto unilateral, la minuta y la escritura pública.

En este sentido, el Código nacional se refiere, además, a que el acreedor de buena fe inutilice el documento en el que consta la obligación.

En efecto, cuando el Código Civil Peruano emplea la expresión «hubiese inutilizado el título», comprende a los títulos valores, pero no restringe el alcance del término «título» únicamente a esos supuestos.

Bien podría ocurrir que el título estuviera constituido por un documento que el acreedor tiene en un solo ejemplar, o por una minuta cuyo único ejemplar está en poder del acreedor, que éste destruye al recibir el pago de buena fe; es decir, destruye la evidencia. En estos casos, el

acreedor no estaría obligado a restituir a quien pagó de manera indebida. Este último sólo podría accionar contra el verdadero deudor.

Resulta claro, entonces, que quien pagó indebidamente podría recurrir, para exigirle la restitución al verdadero deudor, a todos los medios probatorios que le franquea la ley.

Por lo demás, si el título que se hubiese inutilizado fuese el testimonio o la copia simple de una escritura pública, no sería de aplicación el precepto, por cuanto el acreedor podría fácilmente obtener otro ejemplar, ya que el instrumento original se encontraría extendido en el Registro de Escrituras Públicas de la Notaría en que dicho título se hubiese tramitado.

### 4.2. Limitado las garantías de su derecho

En lo que respecta a la limitación de las garantías reales o personales, debemos señalar que el Código Civil vigente prevé, en este caso, la hipótesis de un envilecimiento de garantías, que las restringe y que, por tanto, obliga a quien pagó indebidamente a actuar contra el verdadero deudor.

Este envilecimiento podría producirse cuando —por ejemplo— la garantía del derecho del acreedor consistiera en una hipoteca y en una fianza. Si el acreedor de buena fe, al recibir el pago, otorga una escritura pública de cancelación de hipoteca, pero mantiene vigente la fianza, estaría sin duda limitando las garantías de su derecho y, por tanto, sería de aplicación el artículo 1268 del Código Civil.

Asimismo, esta hipótesis podría presentarse cuando las garantías que aseguraban el derecho del acreedor no se extinguen, sino se reducen.

En efecto, debe entenderse que la limitación de las garantías aludidas por el precepto bajo análisis también se refiere a una reducción en su monto o cuantía.

La ley civil peruana prevé la reducción de la hipoteca en los artículos 1115 y 1116.

El artículo 1115 del Código Civil estatuye: «*El monto de la hipoteca puede ser reducido por acuerdo entre acreedor y deudor. — La reducción sólo tendrá efecto frente a tercero después de su inscripción en el registro*».

En tanto que el artículo 1116 del Código Civil, referente a la reducción judicial de la hipoteca, dispone: «*El deudor hipotecario puede solicitar al juez la reducción del monto de la hipoteca, si ha disminuido el importe de la obligación. La petición se tramita como incidente*».

Ahora bien, cabe preguntarse si la limitación de las garantías a que hace alusión el artículo 1268 podría referirse, además, a su extensión.

En opinión nuestra, la limitación de las garantías debe interpretarse no sólo como reducción en cuanto a su monto o cuantía, sino también como restricción en cuanto a su extensión.

La hipoteca se extiende a todas las partes integrantes del bien hipotecado, a sus accesorios y al importe de las indemnizaciones de los seguros y de la expropiación, salvo pacto distinto. Ello, en virtud a lo prescrito por el artículo 1101 del Código Civil.

La fianza, por su parte, puede o no limitarse al pago de la obligación, a sus accesorios, y a las costas del juicio contra el fiador, según lo dispuesto por el artículo 1878 del citado cuerpo legal.

### 4.3. Cancelado las garantías de su derecho

Este supuesto es aquél en el cual el acreedor, creyendo que se le pagaba un crédito legítimo, hubiese extinguido todas las garantías de su derecho.

Al respecto, cabe señalar que si la garantía que aseguraba el pago de la obligación fuese una real —esto es una prenda, hipoteca, anticresis o un derecho de retención—, ésta se extinguiría ante el pago de dicha obligación.

Si la garantía que aseguraba el crédito fuese una de carácter personal, esta hipótesis podría configurarse con la extinción de la fianza por acaecer lo previsto en los artículos 1898, 1899 y 1900 del Código Civil.

### 4.4. Dejado prescribir la acción contra el verdadero deudor

La evidencia de esta hipótesis es obvia, por cuanto si el acreedor cree en forma errónea, pero de buena fe, que ha sido pagado debidamente, no haría valer su derecho de crédito contra el verdadero deudor por considerarlo satisfecho.

No obstante ello, cuando el *accipiens* de buena fe hubiese dejado prescribir su acción contra el verdadero deudor, cabe preguntarnos si quien pagó indebidamente asume, por su error, la pérdida de la prestación.

Si quien recibió el pago indebido de buena fe hubiese dejado prescribir la acción contra el verdadero deudor, quien pagó indebidamente podría aún dirigirse contra este último, pues la acción sólo se extinguiría en caso de que ese verdadero deudor invocara el beneficio de la prescripción, generada por el transcurso del tiempo, respecto a la acción que correspondía a su acreedor.

De este modo, quien paga indebidamente podría accionar contra el verdadero deudor —o sus garantes, de ser el caso—, en tanto que no se invocara el beneficio de la prescripción.

Queremos insistir en este extremo, toda vez que podría incurrirse en interpretaciones erradas si se considerara que el artículo 1268 del Código Civil Peruano otorga una prórroga a la prescripción de la acción que corresponde al verdadero acreedor contra el verdadero deudor, en favor de quien pagó indebidamente.

Ello no es así.

Quien paga indebidamente podrá dirigirse contra el verdadero deudor, a través de la acción que asistía al derecho de crédito del *accipiens*, siempre que la misma no hubiera prescrito.

En consecuencia, a diferencia de las otras hipótesis previstas por el artículo 1268, quien pagó indebidamente asumiría la pérdida de la prestación, en caso de que el verdadero deudor planteara la excepción de prescripción, sancionándose de este modo su *turpitude*.

Por otra parte, el artículo 1268 del Código Civil es un supuesto de excepción, toda vez que —por lo general— quien recibe un pago indebido actúa de mala fe. Así, el ámbito de aplicación de la norma es reducido, pues sólo abarca los casos en que quien se beneficia con el pago indebido haya actuado de buena fe.

Es claro, sin embargo, que el acreedor que hubiese recibido el pago indebido podría verse obligado a la restitución, aun cuando hubiese obrado de buena fe.

Obsérvese que los supuestos de hecho de la citada norma requieren no sólo de la buena fe del *accipiens*, sino también de que éste haya

deteriorado su posibilidad de cobrar o haya dejado extinguir su acción para hacer efectiva la acreencia, al proceder de alguno de los modos previstos por el precepto.

Por tanto, el acreedor que no inutilice el título, o no límite o cancele las garantías de su derecho, o no deje prescribir la acción contra el verdadero deudor, se encontrará obligado a la restitución, no obstante haber recibido el pago indebido de buena fe.

De esta manera, quien paga de modo indebido podría exigir la restitución correspondiente al acreedor de buena fe, por cuanto el artículo 1268 del Código Civil no sería de aplicación.

Coincidimos con la solución adoptada por el Código Civil, pues la misma se ajusta a la equidad.

En efecto, si quien recibe el pago indebido de buena fe deteriora su posibilidad de cobrar o deja extinguir, por prescripción, la acción para exigir el pago de su crédito, en caso de ser obligado a restituir lo que recibió indebidamente, se encontraría ante una situación a todas luces injusta: de buena fe habría desprotegido su acreencia o su acción se habría extinguido contra el verdadero deudor, por prescripción, mientras que éste se habría beneficiado patrimonialmente a expensas del error de un tercero, a quien corresponde, sin duda, asumir las consecuencias de ese error.

De allí el tenor del artículo 1268 del Código Civil: «*[...] El que pagó indebidamente sólo podrá dirigirse contra el verdadero deudor*».

Antes de concluir, estimamos necesario efectuar una precisión final.

En todos los supuestos de pago indebido, quien recibe el pago indebido podría actuar de buena fe, esto es, en la creencia de que se está pagando lo que se le debe. Sin embargo, no todos los supuestos contemplados por el artículo 1267 del Código Civil podrían ser incorporados a las hipótesis previstas por el artículo 1268, ya que, en estos casos, quien paga debe ser un tercero y quien recibe el pago un verdadero acreedor; de otro modo, no resultaría de aplicación la última parte del precepto, cuando dispone que quien pagó indebidamente sólo podrá dirigirse contra el verdadero deudor.

## 5. PAGO INDEBIDO RECIBIDO DE MALA FE

Al abordar el tema del pago indebido, el Código Civil Peruano de 1984 ha seguido una estructura lógica y original, en la medida de que

en la primera de sus normas, el artículo 1267, legisla sobre la acción de restitución ante el supuesto de pago indebido; luego, en los artículos 1268, 1271 y 1272, regula los casos en los cuales quien recibe el pago indebido hubiera actuado con buena fe; en tanto que en los numerales 1269 y 1270, se refiere a supuestos en los cuales el pago indebido hubiera sido efectuado a persona que procedió con mala fe.

En lo relativo al artículo 1269 del Código Civil, debemos manifestar que el mismo recoge el supuesto en el cual el pago indebido haya sido recibido por una persona que actuó de mala fe, es decir, con conocimiento de que aquél que efectuaba el pago lo hacía indebidamente.

El texto del referido numeral es el siguiente:

> Artículo 1269.- «*El que acepta un pago indebido, si ha procedido de mala fe, debe abonar el interés legal cuando se trate de capitales o los frutos percibidos o que ha debido percibir cuando el bien recibido los produjera, desde la fecha del pago indebido.*
>
> *Además, responde de la pérdida o deterioro que haya sufrido el bien por cualquier causa, y de los perjuicios irrogados a quien lo entregó, hasta que lo recobre.*
>
> *Puede liberarse de esta responsabilidad, si prueba que la causa no imputable habría afectado al bien del mismo modo si hubiera estado en poder de quien lo entregó*».

En tal sentido, consideramos que los supuestos más frecuentes, en lo que respecta al pago indebido, serán aquéllos en los cuales quienes los reciban actúen de mala fe.

De ahí la importancia del numeral 1269 del Código Civil, dada la pluralidad de hipótesis que comprende el precepto.

Justamente el hecho de haber actuado de mala fe al recibir el pago indebido, determinará que el *accipiens* se vea obligado, luego, a asumir una serie de consecuencias gravosas que el Derecho estima equitativas.

### 5.1. Consecuencias

Debemos señalar, además, que quien actúa de mala fe lo hará, casi invariablemente, con el propósito de aprovecharse del error de quien

estaba dispuesto a efectuar tal pago y, obviamente, con el ánimo de apoderarse de aquello que indebidamente recibe.

Las consecuencias que se derivan para quien acepta un pago indebido de mala fe son las que se desarrollan a continuación:

### 5.1.1. *Intereses legales*

En el caso del pago indebido, quien recibe el bien de mala fe estará en aptitud de usarlo (siendo indiferente si lo usa o no). Tal aptitud evita la posibilidad de su utilización por quien pagó indebidamente. Por tal motivo, la ley civil peruana establece en el artículo 1269 que quien recibe un bien de manera indebida debe intereses legales.

Cabe señalar que la norma precisa que el devengamiento de dichos intereses legales se producirá sólo cuando el bien sobre el cual verse el pago indebido, sea un capital.

Por lo demás, remitimos al lector a los comentarios que hemos efectuado respecto a los intereses legales.

### 5.1.2. *Frutos naturales e industriales*

En caso de no tratarse de frutos civiles (intereses), la ley se refiere, necesariamente, a los frutos en sentido amplio, comprendiendo en ellos tanto a los naturales como a los industriales, los mismos que también se deberán en caso de que el bien pagado indebidamente no consista en capitales.

Cabe recordar en este punto que, de acuerdo con lo establecido por el artículo 891 del Código Civil, son frutos naturales los que provienen del bien, sin intervención humana, y frutos industriales los que produce el bien, por la intervención humana.

### 5.1.3. *Daños y perjuicios*

Aunque el Código Civil Peruano sólo hace referencia a los perjuicios irrogados a quien entregó indebidamente el bien, consideramos que este término no debe ser interpretado de modo restringido, pues la denominación genérica de perjuicios también incorpora a los daños.

Por otra parte, debemos precisar que cuando el bien objeto del pago indebido no esté constituido por capitales o bienes productivos, no habría lugar a la devolución de intereses legales, ni de frutos; sin embargo, en virtud a la mala fe de quien recibió el pago indebido,

éste se encontraría obligado al pago de una indemnización de daños y perjuicios.

### *5.1.4. Pérdida o deterioro del bien*

El sentido del principio establecido por el segundo párrafo del artículo 1269 es nítido, ya que quien posee el bien lo hace de manera indebida, de modo tal que los riesgos sobre el mismo los asume en su integridad. Conviene aquí advertir que quien posee indebidamente responderá por la pérdida o deterioro ocasionados por causas ajenas a su accionar, incluyendo el caso fortuito o de fuerza mayor o la simple ausencia de culpa. Esto tan sólo constituye una derivación natural del carácter de la posesión adquirida por un pago indebido aceptado de mala fe.

Finalmente, en el tercer párrafo del artículo 1269 se establece que quien recibió el pago indebidamente podrá liberarse de esta responsabilidad, si prueba que la causa no imputable habría afectado al bien del mismo modo que si hubiera estado en poder de quien lo entregó.

La razón de este dispositivo es lógica, ya que habiéndose producido o no el pago indebido, el evento dañoso igualmente hubiera afectado al bien.

Sería el caso, por ejemplo, de quien entrega indebidamente una casa y ésta se destruye como consecuencia de un movimiento sísmico. Aquí la restitución se limitaría al terreno, más la indemnización por los daños y perjuicios derivados del uso indebido del inmueble hasta que éste se destruyó, pero no a la restitución de daños y perjuicios por el valor de la edificación.

## 6. ENAJENACIÓN DEL BIEN RECIBIDO COMO PAGO INDEBIDO DE MALA FE

Es claro que el pago indebido constituye causa eficiente del derecho a exigir y de la obligación de restituir lo ilegítimamente pagado.

No obstante, cuando la ley civil peruana otorga a quien paga indebidamente el derecho a exigir la restitución de lo pagado, cabe preguntarse ante quién debe interponer la correspondiente acción de restitución.

La respuesta no es una sola, toda vez que pueden ser distintas las personas obligadas a restituir, según se verá seguidamente.

Como antes lo expresamos, cuando se paga por error a una persona que recibe el pago de buena fe y ésta deteriora su posibilidad de cobrarle al verdadero deudor por practicar alguna de las conductas previstas en el artículo 1268 del Código Civil, quien paga indebidamente podrá exigir la restitución al verdadero deudor, salvo que —por haber prescrito la acción que asistía al derecho de crédito del *accipiens*— aquél opusiese el beneficio de la prescripción.

En tanto que si se paga de manera indebida a una persona que lo acepta de buena fe, esto es, en la errónea creencia de que el pago lo efectuaba quien lo debía, pero sin que se presente ninguno de los presupuestos previstos por el citado artículo 1268 del Código Civil, la acción de restitución deberá dirigirse contra el *accipiens*.

Regla similar se aplica cuando se paga indebidamente a persona que procede de mala fe, pues en estos casos siempre puede exigirse la restitución a quien aceptó tal pago.

Sin embargo, si quien acepta un pago indebido de mala fe hubiese enajenado el bien, surge una nueva interrogante: ¿contra quién debe dirigir su acción el que pagó indebidamente?

El artículo 1270 del Código Civil Peruano de 1984, prevé los supuestos de enajenación de lo pagado indebidamente por quien aceptó dicho pago de mala fe:

> Artículo 1270.- «*Si quien acepta un pago indebido de mala fe, enajena el bien a un tercero que también actúa de mala fe, quien efectuó el pago puede exigir la restitución, y a ambos, solidariamente, la indemnización de daños y perjuicios.*
>
> *En caso que la enajenación hubiese sido a título oneroso pero el tercero hubiera procedido de buena fe, quien recibió el pago indebido deberá devolver el valor del bien, más la indemnización de daños y perjuicios.*
>
> *Si la enajenación se hizo a título gratuito y el tercero procedió de buena fe, quien efectuó el pago indebido puede exigir la restitución del bien. En este caso, sin embargo, sólo está obligado a pagar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios quien recibió el pago indebido de mala fe*».

Conviene revisar cada una de las hipótesis que plantea el referido precepto.

### 6.1. Primer supuesto

El primer supuesto que establece el artículo 1270, en su parágrafo primero, es el de una enajenación a título oneroso en la que el tercero también obra de mala fe. En esta hipótesis pueden identificarse los siguientes elementos:

(a) Se acepta un pago indebido de mala fe.

(b) Quien acepta dicho pago indebido de mala fe enajena el bien a un tercero, el mismo que también actúa de mala fe.

(c) La enajenación del bien se realiza a título oneroso.

En este caso, quien paga indebidamente puede exigir la restitución del bien al tercero adquirente a título oneroso y de mala fe.

Adicionalmente, el *solvens* puede exigir indemnización de daños y perjuicios a quien aceptó el pago indebido de mala fe, al tercero adquirente de mala fe, o a ambos solidariamente.

Cabe señalar que la responsabilidad solidaria que establece el precepto analizado, relativa a la indemnización por los daños y perjuicios que se irroguen, debe entenderse conforme a los principios previstos por el Código Civil respecto a la solidaridad, analizados por nosotros al tratar la materia.

### 6.2. Segundo supuesto

El primer párrafo del artículo 1270 del Código Civil prevé una hipótesis adicional: el caso de una enajenación a título gratuito por quien recibe el pago indebido de mala fe, a un tercero que actúa igualmente de mala fe.

Obsérvese que dicho párrafo no restringe las consecuencias allí previstas a la onerosidad o gratuidad de la enajenación del bien recibido de mala fe. De este modo, en ambos casos se aplican plenamente las consecuencias del precepto.

En tal sentido, el segundo supuesto previsto en el párrafo primero del artículo 1270 del Código Civil presentaría los elementos anotados en los literales (a) y (b) del primer supuesto, con la diferencia de la

gratuidad como tercer elemento, pero sin que ésta en nada altere las consecuencias jurídicas que serían idénticas en ambos casos.

Por tanto, quien efectuó el pago indebido puede exigir la restitución del bien al tercero adquirente a título gratuito y de mala fe.

Asimismo, podrá demandar el pago de los daños y perjuicios irrogados a quien recibió el pago indebido de mala fe, a dicho tercero adquirente a título gratuito, o a ambos solidariamente.

### 6.3. Tercer supuesto

El tercer supuesto de enajenación se halla previsto en el parágrafo segundo del artículo 1270 del Código Civil.

En este supuesto se identifican los siguientes elementos:

(a) Se acepta un pago indebido de mala fe.

(b) Quien acepta dicho pago indebido de mala fe enajena el bien a un tercero que actúa de buena fe.

(c) La enajenación del bien se realiza a título oneroso.

En este caso, la ley civil peruana protege al tercero adquirente a título oneroso y de buena fe, reconociéndole un derecho de propiedad firme sobre el bien.

En consecuencia, quien pagó indebidamente no podrá exigir la restitución del bien. Únicamente podrá accionar contra quien aceptó el pago indebido de mala fe a fin de exigir su valor, más la indemnización de daños y perjuicios, de ser el caso.

### 6.4. Cuarto supuesto

Por último, el tercer párrafo del artículo 1270 del Código Civil establece el cuarto supuesto de enajenación del bien recibido de mala fe.

Esta hipótesis comprende los siguientes elementos:

(a) Se acepta un pago indebido de mala fe.

(b) Quien acepta el pago indebido de mala fe, enajena el bien a un tercero que obra de buena fe.

(c) La enajenación se realiza a título gratuito.

En este caso, quien efectuó el pago indebido puede exigir la restitución del bien al tercero adquirente a título gratuito y de buena fe.

Esta norma se fundamenta en claras consideraciones de equidad. El tercero adquiere el bien a título gratuito, vale decir, sin contraprestación, esto es sin haber sufrido detrimento patrimonial alguno, en tanto que quien efectuó el pago indebido se halla despojado sin causa de un bien que legítimamente le pertenecía, aun cuando esta situación se haya originado en base a su propia *turpitude*.

Debemos anotar, además, sobre la indemnización de daños y perjuicios, que conforme lo estatuye el artículo 1270 *in fine* del Código Civil *«[...] sólo está obligado a pagar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios quien recibió el pago indebido de mala fe»*.

Son estos, pues, los cuatro supuestos de enajenación del bien —objeto del pago indebido— por quien aceptó dicho pago de mala fe, previstos por el artículo 1270 del Código Civil Peruano.

El citado precepto, al igual que otras normas del capítulo respectivo, resultan creación del Código Civil de 1984. En ellas el legislador ha tratado de ser lo más minucioso posible al contemplar los supuestos de pago indebido que acabamos de estudiar.

Sin embargo, el sistema adoptado por el Código no pretende constituirse en un reglamento de todas las hipótesis susceptibles de presentarse en la realidad de los hechos.

Por ello, al analizar su contenido, también debemos referirnos a otros casos cuya solución se puede derivar lógicamente de los sólidos principios de equidad que inspiran al artículo 1270.

Dentro de tal orden de ideas, resulta de interés preguntarse si ante sucesivas transferencias del bien, quien pagó de modo indebido puede igualmente exigir su restitución.

En opinión nuestra, si el tercero a que se refiere el Código hubiese enajenado el bien objeto del pago indebido en favor de otro adquirente, quien efectuó tal pago indebido podría exigir la restitución del bien, siempre que la enajenación se hubiera efectuado a título oneroso y de mala fe, o a título gratuito y de mala fe, o a título gratuito y de buena fe, de acuerdo con las consideraciones que hemos anotado al referirnos a enajenaciones de iguales características.

Aun cuando el artículo 1270 del Código Civil no ha previsto el caso de sucesivas transferencias del bien objeto del pago indebido, estimamos que sus principios resultan de aplicación a cuantas transferencias pudieran verificarse.

De este modo, quien pagó indebidamente podría dirigirse contra el último adquirente del bien —si fuera el caso—, teniendo en consideración, por un lado, la gratuidad u onerosidad de la enajenación y, de otro, la buena o mala fe, no sólo del adquirente, sino también del enajenante.

En tal sentido, si la onerosidad y la mala fe se encuentran presentes en toda la cadena de sucesivas transferencias, no cabe duda de que quien pagó indebidamente podrá dirigirse contra el último adquirente del bien, en virtud de su mala fe y no obstante la onerosidad de su adquisición.

Con igual razón, quien efectuó un pago indebido podrá interponer acción de restitución contra el último adquirente del bien, cuando la gratuidad y la mala fe o la buena fe se hallen presentes, no sólo en la cadena de las sucesivas enajenaciones, sino también en la adquisición de derechos por este último.

Pero, cuando en dicha cadena alguna o algunas de las adquisiciones se producen de buena fe, y otra u otras de mala fe, debe analizarse cada transferencia, así como su onerosidad o gratuidad, a fin de determinar quién es el obligado a la restitución del bien o, en su caso, a la devolución de su valor.

En lo relativo a la indemnización por los daños y perjuicios, consideramos que quienes reciban el pago indebido de mala fe y quienes adquieran el bien —objeto de dicho pago— a título oneroso o gratuito pero de mala fe, se encontrarán obligados de manera solidaria al pago de la correspondiente indemnización.

## 7. RESTITUCIÓN DE INTERESES O FRUTOS POR PAGO INDEBIDO RECIBIDO DE BUENA FE

La restitución, sin duda, constituye el principal efecto del pago indebido.

Ésta es la regla, pues la repetición de lo indebido es una aplicación particular del principio general según el cual nadie debe enriquecerse injustamente a costa de tercero.

Sin embargo, la ley civil peruana prescribe consecuencias adicionales a dicho efecto.

El artículo 1271 del Código Civil Peruano establece los efectos del pago indebido verificado en favor de una persona que procedió con buena fe, disponiendo no sólo la restitución, sino el pago de intereses o de frutos, e incluso el del valor del bien, en caso de pérdida o deterioro, siempre que por tales hechos se hubiese enriquecido.

Así, el citado numeral prescribe lo siguiente:

> Artículo 1271.- «*El que de buena fe acepta un pago indebido debe restituir los intereses o frutos percibidos y responde de la pérdida o deterioro del bien en cuanto por ellos se hubiese enriquecido*».

Es claro que los intereses a que se refiere el precepto bajo análisis son los legales de naturaleza compensatoria, que se devengan cuando el objeto del pago indebido consiste en capitales.

Obsérvese que el Código Civil establece la diferencia —en el texto del artículo 1271— entre los intereses y los frutos, reconociendo la autonomía que de suyo corresponde a aquéllos.

En cuanto a los frutos, conviene precisar que el Código Civil otorga un tratamiento propio a quien de buena fe recibe el pago indebido, disponiendo que el *accipiens* sólo se encuentra obligado a restituir los frutos realmente percibidos.

El fundamento del precepto legal en lo relativo a los frutos, tiene como base la regla general de que éstos pertenecen al propietario, productor y titular del derecho.

Resulta evidente que ante la desposesión que supone un pago indebido, mientras no se recupere el bien, el propietario del mismo —quien pagó indebidamente— no percibirá fruto alguno. Por ello, la ley civil peruana ha dispuesto no sólo la restitución del bien, sino también la de los frutos.

Dentro de tal orden de ideas, precisa anotarse que el artículo 1271 del Código Civil constituye un supuesto de excepción al artículo 908 del citado cuerpo normativo, según el cual «*El poseedor de buena fe hace suyos los frutos*».

En efecto, quien acepta un pago indebido de buena fe se encuentra obligado a restituir los frutos percibidos durante el tiempo en que poseyó el bien, no obstante su buena fe.

Esto es así por la posesión ilegítima de quien aceptó dicho pago. Adviértase, sin embargo, que dicha posesión se sustenta únicamente en un pago indebido.

Conviene mencionar, además, que sobre la base de lo prescrito por el artículo 895 del Código Civil, cuando la norma bajo análisis hace referencia a los frutos, se entiende comprendidos en ellos a los productos, de suerte que, además de los frutos propiamente dichos, los provechos renovables y no renovables de un bien también son objeto de la restitución.

Por otra parte, cuando el bien objeto del pago indebido no consista en capitales o bienes productivos, el precepto, en cuanto a intereses y frutos se refiere, no resultaría aplicable, de modo que quien hubiese aceptado un pago indebido de buena fe sólo respondería por la pérdida o deterioro del bien, siempre que se hubiese enriquecido por estos hechos.

Ahora bien, conforme al artículo 1271 del Código Civil, quien acepta un pago indebido de buena fe responde de la pérdida o deterioro del bien «en cuanto por ellos se hubiese enriquecido», esto es, en tanto tal pérdida o deterioro pudiera haberle significado un incremento patrimonial.

Este beneficio podría configurarse, por ejemplo, cuando el bien objeto del pago indebido se encontrase asegurado y quien aceptó dicho pago recibiera por concepto de su pérdida o deterioro una indemnización; o cuando quien recibe un pago indebido pudiese subrogarse contra tercero para exigirle, por la pérdida o deterioro del bien, el pago de una reparación.

La última cuestión, a modo de comentario final, es la relativa al ámbito de aplicabilidad del artículo 1271 del Código nacional.

Es claro que si un verdadero acreedor, actuando de buena fe, recibe el pago indebido de un tercero y, a través de alguna de las conductas previstas por el artículo 1268, deteriora o deja extinguir su acción contra el verdadero deudor, el artículo 1271 del Código Civil, no le sería aplicable. En tal caso, quien pagó indebidamente sólo estaría

en aptitud de accionar contra el verdadero deudor o sus garantes, y si la acción del acreedor contra ese verdadero deudor o sus garantes hubiera prescrito, éstos podrían oponer la excepción de prescripción correspondiente.

Situación distinta se configuraría si quien recibe de un tercero el pago indebido con buena fe, siendo titular de una acreencia, no incurre, a través de su conducta, en alguno de los supuestos previstos por el citado artículo 1268. En este caso, el artículo 1271 del Código Civil tendría aplicación plena.

Y la misma regla anotada en el parágrafo anterior operaría en la hipótesis de quien recibe el pago indebido de buena fe sin ser titular de derecho alguno por esa prestación contra tercero; es decir, careciendo de una acreencia que, por error, le fue pagada.

## 8. SUPUESTOS DE ENAJENACIÓN DEL BIEN POR QUIEN ACEPTA UN PAGO INDEBIDO DE BUENA FE

El artículo 1272 del Código Civil Peruano contempla algunos supuestos de enajenación del bien recibido como pago indebido de buena fe, disponiendo consecuencias diversas en razón al título de la enajenación y a la buena o mala fe del adquirente:

> Artículo 1272.- «*Si quien acepta un pago indebido de buena fe, hubiese enajenado el bien a un tercero que también tuviera buena fe, restituirá el precio o cederá la acción para hacerlo efectivo.*
>
> *Si el bien se hubiese transferido a un tercero a título gratuito, o el tercero, adquirente a título oneroso, hubiese actuado de mala fe, quien paga indebidamente puede exigir la restitución. En estos casos sólo el tercero, adquirente a título gratuito u oneroso, que actuó de mala fe, estará obligado a indemnizar los daños y perjuicios irrogados*».

Son cuatro las hipótesis previstas por el referido precepto, las mismas que analizamos a continuación.

### 8.1. Primer supuesto

El parágrafo primero del artículo 1272 del Código Civil regula el primer supuesto de enajenación del bien por quien acepta un pago indebido de buena fe.

En esta primera hipótesis pueden identificarse los siguientes elementos:

(a) Se acepta un pago indebido de buena fe.

(b) Quien acepta ese pago indebido enajena el bien a título oneroso a un tercero que también actúa de buena fe.

En este caso, quien paga de manera indebida podrá exigir la restitución del precio o la cesión de la acción para hacerlo efectivo a quien aceptó el pago indebido de buena fe.

Sin duda que esta primera hipótesis, como lo hemos señalado, considera una enajenación a título oneroso. De allí que la ley civil peruana proteja al tercero adquirente de buena fe y obligue al *accipiens* a la restitución del precio o a ceder la acción para hacerlo efectivo.

### 8.2. Segundo supuesto

El segundo supuesto de enajenación del bien objeto del pago indebido recibido de buena fe consiste en que tal enajenación se verifique a título gratuito en favor de un tercero que igualmente actúa de buena fe.

Si el *accipiens* de buena fe enajena el bien —a título gratuito— a un tercero que también procede de buena fe, quien pagó indebidamente podrá dirigirse contra este último a fin de exigir la restitución del bien.

Adviértase que el tercero, en este caso, adquiere —aunque de buena fe— derechos sobre el bien sin haber sufrido detrimento patrimonial alguno. Por ello, con arreglo a la equidad, la norma bajo comentario estatuye en su parágrafo segundo la obligación del tercero —adquirente a título gratuito— a la restitución.

En lo referente a la indemnización de daños y perjuicios, cabe señalar que el tercero adquirente de buena fe y a título gratuito, no responde por los daños y perjuicios irrogados. La norma bajo análisis sanciona la obligación de resarcimiento sólo en los casos en que el tercero adquirente a título oneroso o gratuito hubiera actuado de mala fe.

### 8.3. Tercer supuesto

El tercer supuesto previsto en el artículo 1272 es el de una enajenación a título gratuito a un tercero que procede de mala fe. En esta hipótesis se presentan los siguientes elementos:

(a) Se acepta un pago indebido de buena fe.

(b) Quien acepta el pago indebido de buena fe, enajena el bien a un tercero que procede de mala fe.

(c) La enajenación se efectúa a título gratuito.

En este caso quien pagó indebidamente podrá exigir la restitución del bien al tercero adquirente a título gratuito y de mala fe.

Asimismo, podrá demandar el pago de los daños y perjuicios que le hubiese irrogado dicho tercero.

### 8.4. Cuarto supuesto

El artículo 1272 del Código Civil establece un último supuesto de enajenación del bien recibido como pago indebido de buena fe.

Esta hipótesis comprende los siguientes elementos:

(a) Se acepta un pago indebido de buena fe.

(b) Quien acepta el pago indebido de buena fe, enajena el bien a un tercero que procede de mala fe.

(c) La enajenación del bien se realiza a título oneroso.

En este caso, quien efectúa un pago indebido podrá exigir la restitución del bien al tercero adquirente a título oneroso y de mala fe.

Adicionalmente, el *solvens* podría demandar a dicho tercero por indemnización de daños y perjuicios.

Como se observa, el tercero y cuarto supuestos originan las mismas consecuencias jurídicas.

De otro lado, debemos señalar que el artículo 1272 del Código Civil Peruano no ha previsto el caso de sucesivas transferencias del bien objeto del pago indebido. No obstante ello, consideramos que sus principios serían de aplicación a cuantas transferencias se efectuaran.

Así, en el supuesto de sucesivas transferencias del bien, quien pagó de manera indebida podría interponer acción de restitución contra el último adquirente, siempre que la adquisición de su derecho se hubiera realizado a título gratuito y de buena fe, o a título oneroso y de mala fe, o a título gratuito y de mala fe.

Recuérdese que el Derecho protege al adquirente a título oneroso y de buena fe. En estos casos, quien hubiese pagado indebidamente no podría exigir la restitución del bien; tan sólo tendría acción contra el enajenante, a fin de exigir el pago del precio o la cesión de la acción para hacerlo efectivo, y si dicho enajenante hubiese procedido de mala fe, la indemnización de daños y perjuicios correspondiente.

## 9. CARGA DE LA PRUEBA DEL PAGO INDEBIDO

El artículo 1273 del Código Civil Peruano de 1984 regula la carga de la prueba en el pago indebido:

> Artículo 1273.- «*Corre a cargo de quien pretende haber efectuado el pago probar el error con que lo hizo, a menos que el demandado negara haber recibido el bien que se le reclame. En este caso, justificada por el demandante la entrega, queda relevado de toda otra prueba. Esto no limita el derecho del demandado para acreditar que le era debido lo que se supone recibió.*
>
> *Sin embargo, se presume que hubo error en el pago cuando se cumple con una prestación que nunca se debió o que ya estaba pagada. Aquel a quien se pide la devolución, puede probar que la entrega se efectuó a título de liberalidad o por otra causa justificada*».

Dicha norma, acogiendo el principio procesal que reza *onus probandi incumbit ei qui decit* —quien alega un hecho debe probarlo—, establece que la prueba del error, al igual que la del pago —situación esta última ya prevista por el artículo 1229 del Código Civil—, corresponde a quien pretende haber incurrido en él.

De este modo, quien alega haber efectuado un pago indebido deberá probar en primer lugar que ha pagado. Ello podría acreditarse mediante un recibo o cualquier otro medio probatorio previsto por la ley procesal peruana.

Demostrado el pago, quien pretende haberlo efectuado deberá probar, además, el error con que lo hizo.

La demostración del error podría efectuarse a través de cualquiera de los medios probatorios permitidos por la ley. Sin embargo, la prueba del error es ardua, pues ¿cómo probar un juicio equivocado de la mente?, ¿cómo demostrar que se tuvo una creencia errónea de la realidad?

En la doctrina son pocos los autores que se pronuncian sobre el tema; no obstante, entre aquéllos que lo hacen hay unanimidad en cuanto a que el error no requiere de una prueba directa de su existencia, sino de una demostración de los hechos que lo determinan.

Es claro que la prueba del error corresponde al *solvens*, no obstante que el artículo 1273 del Código Civil Peruano lo libera de dicha prueba cuando quien recibió el pago negara este hecho, es decir el haber recibido el bien que se le reclama.

En efecto, si quien recibió el pago indebido lo niega y, por su parte, el *solvens* demuestra el pago, este último queda relevado de toda otra prueba.

En este caso, la ley civil revierte la carga de la prueba al *accipiens*, de modo que quien recibió el pago tendría que demostrar que le era debido lo que recibió.

Dentro de tal orden de ideas, precisa anotarse que el Código Civil presume —*iuris tantum*— el error en algunos de los supuestos del pago indebido. Nos referimos al pago sin causa y al doble pago.

El segundo párrafo del artículo 1273 del Código Civil prescribe: «[...] se presume que hubo error en el pago cuando se cumple con una prestación que nunca se debió o que ya estaba pagada [...]».

En estos supuestos, la prueba del error es más compleja. De allí que la citada norma presume, admitiéndose la prueba en contrario, el error del *solvens* que cumple con una prestación que nunca debió o que ya estaba pagada.

Debemos precisar, sin embargo, que la presunción del error que atempera la situación del *solvens*, no limita el derecho de quien recibió el pago a probar que la entrega se verificó a título de liberalidad o por una obligación pendiente de pago o por cuenta de un tercero.

Por ello el artículo 1273 del Código Civil —*in fine*— dispone que «Aquél a quien se pide la devolución, puede probar que la entrega se efectuó a título de liberalidad o por otra causa justificada».

Así, cuando se ejecuta una prestación que no se debía o que ya estaba pagada, la ley civil presume el error, a menos que el *accipiens* pruebe que el pago se hizo por causa legítima.

Por tanto, la ley presume que hubo error en el pago cuando se entregó una cosa que nunca se debió o que ya estaba pagada, quedando abierto el camino para que el acreedor demuestre que el pago se hizo a título de liberalidad o por causa justa.

Finalmente, precisa señalarse que los términos «demandado» y «demandante», que se emplean en el texto del precepto bajo análisis, no son los idóneos, pues constituyen expresiones propias de la ley procesal.

En tal sentido, estimamos que revestiría mayor propiedad hablar de «quien recibió el pago» y «quien pagó», respectivamente, pues no siempre se confrontará un proceso judicial.

Una última anotación. El Código anterior de 1936 iniciaba el precepto correlativo al artículo 1273, que estamos comentando, con la oración «La prueba del pago incumbe al que pretende haberlo efectuado».

Pero esta regla general sobre la prueba del pago no constituía, sin duda, una norma privativa del pago indebido. Por ello su ubicación era, a todas luces, impropia.

Lo expuesto determinó que el legislador de 1984 consignara el precepto transcrito, prácticamente sin modificar su texto, en el artículo 1229, en la parte referente a las disposiciones generales sobre el pago, iniciándose, por tal razón, el artículo que estamos estudiando, con un principio destinado a que el *solvens* demuestre el error en el pago.

Queda claro, sin embargo, que tal como oportunamente lo expresamos, quien paga indebidamente asumirá dos cargas probatorias: acreditar que pagó (artículo 1229 del Código Civil) y demostrar que lo hizo por error (artículo 1273 del Código Civil).

## 10. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN POR PAGO INDEBIDO

En materia de pago indebido, el artículo 1267 del Código Civil otorga al *solvens* la facultad de exigir que se le reponga lo pagado de manera indebida, concediéndole para tal efecto la acción de restitución.

El ejercicio de esta acción constituye el atributo que asiste a quien paga de manera indebida, de acudir ante los tribunales para que en caso de incumplimiento el *accipiens* le restituya lo que ha recibido en pago.

La acción de restitución, sin embargo, prescribe extintivamente por el transcurso del tiempo.

El artículo 1274 del Código Civil Peruano regula la prescripción extintiva de la acción de restitución. Es por ello que el transcurso del tiempo presenta en el Derecho, y sin duda en la institución que estamos estudiando, particular relevancia. El texto del citado artículo 1274, es el siguiente:

> *Artículo 1274.- «La acción para recuperar lo indebidamente pagado prescribe a los cinco años de efectuado el pago».*

La prescripción extintiva —se ha dicho— es uno de los conceptos más necesarios para el orden social, según el cual, en aras de la seguridad jurídica, la inacción del titular de un derecho subjetivo durante el transcurso de un determinado tiempo extingue la acción que le corresponde. Por ello, el artículo 1989 del Código Civil dispone que «La prescripción extingue la acción pero no el derecho mismo».

Ahora bien, la acción por pago indebido es una acción personal. En el Código vigente las acciones personales prescriben a los diez años, conforme al artículo 2001, inciso 1, salvo que la ley las declare imprescriptibles o que ellas no caduquen, como sucede, por ejemplo, en los casos de la acción de nulidad del matrimonio (artículo 276), de la acción declaratoria de filiación matrimonial (artículo 373) o de la acción judicial de declaración de filiación extramatrimonial (artículo 410). En otros casos, el propio artículo 2001 señala plazos de prescripción diferentes respecto a determinadas acciones personales específicas.

A modo de ejemplo, el inciso 2 del mismo artículo 2001 dispone que prescribe a los siete años la acción de daños y perjuicios derivados para las partes de la violación de un acto simulado; el inciso 3 fija en tres años el plazo para que prescriba la acción destinada al pago de remuneraciones por servicios prestados como consecuencia de vínculo no laboral; y el inciso 4, en fin, ordena, entre otros supuestos, que prescribe a los dos años la acción que proviene de pensión alimenticia o la indemnizatoria por responsabilidad extracontractual.

La cita de las normas que anteceden tiene el propósito de demostrar que la regla general vigente, respecto a los plazos de prescripción de las acciones personales, que es de diez años, tiene excepciones que la modifican, reduciéndola, en algunos casos, o declarando la acción imprescriptible o no susceptible de caducidad, en otros.

Ante esa variedad de preceptos, respecto a las acciones personales, el Código Civil de 1984 prevé, para la restitución del pago indebido, un plazo de prescripción propio y especial de cinco años.

Este plazo es sustancialmente distinto al que establecía el artículo 1286 del Código Civil de 1936 para exigir la restitución de lo indebidamente pagado.

Durante la vigencia del Código Civil de 1936 —y lo mismo ocurría con su antecedente inmediato, el artículo 2124 del Código Civil de 1852— el plazo de prescripción de la acción para exigir la restitución de lo pagado indebidamente variaba de acuerdo con el plazo de prescripción de la causa que la originaba. La acción de restitución, por tanto, no tenía un plazo de prescripción singular porque estaba vinculada al plazo de prescripción que correspondía a las acciones de las personas pagadas, si hubiera sido cierto y eficaz el derecho de éstas. *Ad exemplum,* si el pago indebido se había efectuado por concepto de indemnización por un supuesto acto ilícito, la acción para recuperar lo indebidamente pagado prescribía a los dos años (artículo 1168, inciso 6, del Código Civil de 1936); pero si el pago indebido se había efectuado por restitución en un supuesto contrato de mutuo, la acción para recuperar lo indebidamente pagado prescribía a los quince años (artículo 1168, inciso 2, del Código Civil de 1936).

Más aún, el propio Código de 1936 establecía en el inciso 1 del artículo 1168 que la acción real prescribía a los veinte años. Sin embargo, y no obstante que la *actio rei vindicatio*, esto es, la acción reivindicatoria es la acción real por excelencia, ella no estaba sometida al régimen de prescripción de los veinte años, pues los más autorizados comentaristas del Código de 1936 consideraban, con todo fundamento, que era imprescriptible. Y la razón es muy simple. Sólo podía oponerse a la acción reivindicatoria la usucapión, esto es, la prescripción adquisitiva, que operaba, conforme al artículo 871 del Código de 1936, respecto a los inmuebles, para quien los había poseído como propietario de modo continuo durante diez años, con justo título y buena fe, o durante treinta años sin estos dos últimos requisitos.

La pregunta, entonces, surgía por sí sola. Si se hubiera interpretado que la acción reivindicatoria prescribía a los veinte años, y que la usucapión o prescripción adquisitiva, sin justo título ni buena fe, operaba a los treinta años, ¿qué hubiera ocurrido durante ese lapso de diez años?

De lo anterior se infería claramente que conforme al artículo 1286 del Código Civil de 1936, la acción para exigir la restitución del inmueble pagado indebidamente, en las condiciones previstas por la última parte del artículo 871, era imprescriptible.

Basta señalar estas consideraciones para concluir, ineludiblemente, en que la norma contenida en el artículo 1286 del Código Civil de 1936 no podía prevalecer. Legislar la prescripción de la acción de restitución del pago indebido con tan variadas gamas —desde la prescripción de la acción en un plazo de dos años hasta su imprescriptibilidad— era, a todas luces, inadecuado.

En opinión nuestra, no existe justificación alguna para regular en forma tan arbitraria los plazos en los que deben prescribir las correspondientes acciones de restitución. El pago indebido hace nacer una acción de repetición propia o personal. Su origen es también propio y su plazo debe ser el mismo, con prescindencia del que corresponda a la acción que hubiera originado la obligación inexistente pagada en forma indebida.

Es claro, por tanto, que el plazo de prescripción previsto por el artículo 1274, de cinco años, constituye un supuesto de excepción a los plazos generales de prescripción a que se refiere el artículo 2001 del Código Civil, y él se ha instituido en homenaje a la seguridad jurídica.

Esta regla es coherente, por lo demás, con normas de la legislación extranjera, que si bien no establecen preceptos idénticos, acogen los mismos principios.

## 11. SUPUESTOS EN LOS QUE EL DEUDOR NO TIENE ACCIÓN DE REPETICIÓN

La doctrina y la legislación extranjeras suelen comprender como supuestos de pago sin causa, al pago de una obligación natural y al pago para obtener un fin ilícito o inmoral, cuando en éstos ha mediado error. En nuestro ordenamiento jurídico, sin embargo, la *solutio sine causa* no abarca tales hipótesis.

En ese orden de ideas, el Código Civil Peruano de 1984 regula este tema en su artículo 1275:

> Artículo 1275.- «*No hay repetición de lo pagado en virtud de una deuda prescrita, o para cumplir deberes morales o de solidaridad social o para obtener un fin inmoral o ilícito.*

*Lo pagado para obtener un fin inmoral o ilícito corresponde a la institución encargada del bienestar familiar».*

### 11.1. Pago de una deuda prescrita

El artículo 1275 del Código Civil dispone, en primer término, que no se puede repetir lo pagado en virtud de una deuda prescrita, vale decir, de una obligación natural.

Quien paga una obligación natural, paga lo que es debido. Así, aunque pagara por error, no tendría derecho a la restitución de lo pagado.

El cumplimiento voluntario de una deuda natural produce los efectos liberatorios de un pago válido. En consecuencia, excluye el derecho del deudor a exigir la restitución de lo pagado y otorga al acreedor el derecho de retener lo recibido.

En efecto, las obligaciones naturales, si bien no confieren al *accipiens* la facultad de exigir su cumplimiento coactivo, autorizan a aquél para retener lo que por ellas se hubiese pagado.

### 11.2. Pago para cumplir deberes morales o de solidaridad social

El artículo 1275 del Código Peruano es claro al disponer que no hay repetición de lo pagado para cumplir deberes morales o de solidaridad social.

En efecto, aquél que respondiendo a un imperativo de su conciencia ejecuta una prestación sin estar, en estricto Derecho, obligado a su ejecución, paga en cumplimiento de un deber moral y, por tanto, no podría reclamar la restitución de lo pagado. Sería el caso, por ejemplo, de quien entrega a un familiar suyo tratado mal por la fortuna, por quien tiene afecto, una cantidad de dinero o bienes para favorecerlo.

En cambio, quien con fines altruistas, filantrópicos o inspirados en ideas de caridad, ejecuta prestaciones a las que no podía ser conminado judicialmente, paga en cumplimiento de un deber de solidaridad social. La ley, en consecuencia, le impide repetir lo pagado. Ilustraría este supuesto el caso de un hombre bondadoso que entrega una suma de dinero a alguien que se encuentra en una precaria situación económica y respecto del cual no existe siquiera un deber moral que lo vincule.

Así las cosas, es claro que el pago librado a la conciencia individual no autoriza al *solvens* para reclamar la restitución de lo pagado.

### 11.3. Pago para obtener un fin ilícito o inmoral

El artículo 1275 del Código Civil prohíbe la repetición de lo pagado para obtener un fin ilícito o inmoral.

La licitud constituye un elemento de validez del acto jurídico, cuya ausencia es causal de nulidad. El concepto de lo lícito se determina en función de las leyes de orden público y las buenas costumbres.

Ahora bien, en lo relativo al derecho de repetición del pago por causa ilícita o inmoral, pueden señalarse tres posiciones en la doctrina y legislación extranjeras.

Una primera posición admite la repetición del pago hecho por una causa inmoral, únicamente cuando el *solvens* incurre en error. De lo contrario, esto es, si ambas partes han errado, no hay lugar a la repetición. Esta corriente prohíbe, asimismo, la repetición de lo pagado en virtud de una causa ilícita, admitiendo que el *accipiens* retenga —aunque a título ilegal— lo recibido.

Otra posición se inclina por la tesis contraria, admitiendo la repetición del pago hecho por una causa inmoral o ilícita.

Una tercera posición legislativa prohíbe la repetición del pago efectuado por una causa inmoral o ilícita, confiscando y recuperando para el Estado lo pagado.

Éste es el planteamiento asumido por el Código Civil Peruano y otros Códigos extranjeros como el Español (artículo 1305), el Panameño (artículo 1156) y el Mexicano (artículo 1895).

En efecto, la ley civil peruana rehúsa a aquél que ha pagado en virtud de una causa ilícita o inmoral la acción de repetición y dispone que lo pagado en razón de ellas corresponde a la institución encargada del bienestar familiar. En nuestro ordenamiento jurídico, por tanto, lo pagado para obtener un fin ilícito o inmoral no legitima al *accipiens* para retener lo que recibió.

Queda claro, en suma, que conforme a lo previsto por el artículo 1275 del Código Civil, el pago de una deuda prescrita, por tratarse de una obligación natural que sirve de base a un pago válido, no puede repetirse.

La misma regla opera ante el pago efectuado en cumplimiento de deberes morales o de solidaridad social. Lo contrario agraviaría a los cánones de índole moral y a la equidad.

Y, finalmente, si la ley otorgase al *solvens* la facultad de repetir lo pagado para obtener un fin ilícito o inmoral, reconocería a aquél derechos similares a los que le corresponderían si el pago hubiese sido válido. Bajo estas consideraciones, la ley civil peruana niega la repetibilidad de lo pagado en virtud de una causa ilícita o inmoral.

## 12. REGLAS DE PAGO INDEBIDO PARA OBLIGACIONES DE HACER Y NO HACER

Cuando una persona, por error, presta un servicio o cumple un hecho, o se abstiene de ejecutar una prestación de dar o de hacer, resulta evidente que no puede hablarse —en estricto— del derecho a repetir. Por ello, el artículo 1276 del Código Civil establece que las reglas del pago indebido se aplican, en cuanto sean pertinentes, a las obligaciones de hacer en las que no proceda restituir la prestación y a las obligaciones de no hacer.

Así, el artículo 1276 del Código Civil Peruano de 1984 resulta novedoso, en tanto ningún otro Código o Proyecto Peruano ha regulado este supuesto en los términos expresados.

El texto del referido artículo 1276 es el siguiente:

> Artículo 1276.- «*Las reglas de este capítulo se aplican, en cuanto sean pertinentes, a las obligaciones de hacer en las que no proceda restituir la prestación y a las obligaciones de no hacer.*
>
> *En tales casos, quien acepta el pago indebido de buena fe, sólo está obligado a indemnizar aquello en que se hubiese beneficiado. Si procede de mala fe, queda obligado a restituir el íntegro del valor de la prestación, más la correspondiente indemnización de daños y perjuicios*».

En opinión nuestra, las normas sobre el pago indebido relativas a las obligaciones de hacer y de no hacer a que se refiere el citado precepto, nos remitirían a la definición y efectos de la *solutio indebiti* (artículo 1267 del Código Civil), al pago indebido efectuado a persona que procedió con buena fe (artículo 1268 del Código Civil), a la carga de la prueba del

pago indebido (artículo 1273 del Código Civil), al plazo prescriptorio de la acción de restitución (artículo 1274 del Código Civil) y, finalmente, a los supuestos en los que el deudor no tenga acción de repetición (artículo 1275 del Código Civil).

La mencionada regla dispone, además, que el pago indebido de una prestación de hacer o de no hacer faculta al *solvens* para exigir al *accipiens* de buena fe el pago de una indemnización, en cuanto por aquél se hubiese beneficiado. En cambio, quien lo recibe como acreedor a sabiendas de que no se debe, esto es, de mala fe, queda obligado a restituir el íntegro del valor de la prestación, más la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

# Título III
# NOVACIÓN

## 1. CONSIDERACIONES GENERALES

La novación es una de las instituciones del Derecho de Obligaciones que, no obstante su antigüedad, aún presenta posiciones doctrinarias encontradas, a la par que diversa regulación en las legislaciones de nuestra tradición jurídica. A ello obedece, sin duda, el que su estudio continúe siendo de gran interés.

La novación es un medio extintivo de obligaciones, el mismo que puede tener su origen tanto en la voluntad como en la ley, y cuyo objeto es extinguir una obligación, pero a la vez crear otra.

En este sentido, la novación se distingue de otros medios extintivos de obligaciones, los que únicamente tienen por finalidad «extinguir», ya que a través de la novación siempre se dará origen a una obligación nueva y diferente.

Dentro de tal orden de ideas, la novación no tiene por objeto, ni siquiera ficticiamente, dar por extinguida una obligación considerándola cumplida. Justamente procede cuando la obligación que se desea extinguir es una sobre la cual las partes no tienen un verdadero *animus solvendi*, por lo menos en los términos (objeto o sujetos) en que ha sido contraída.

Con ello no estamos expresando, desde luego, que las partes de la relación obligatoria no deseen extinguir la obligación, sino que quieren hacerlo pero novándola, es decir, cambiándola por otra.

De esta forma, el pago o ejecución se efectuará respecto de la segunda obligación y no de la primera.

Por otra parte, la novación presenta dos facetas claramente identificables, ya que puede producirse en forma objetiva (sea por cambio en la prestación o en el título de la obligación), o en forma subjetiva. En este último caso, también podrán presentarse dos características distintas: o que se produzca por cambio de acreedor o por cambio de deudor (tanto en la modalidad de delegación, como en la modalidad de expromisión).

Finalmente, queda claro que una novación nunca supondrá la coexistencia de la obligación anterior y de la nueva. La creación o el nacimiento de la nueva obligación importará, necesariamente, la extinción de la anterior.

En lo relativo a la naturaleza jurídica de la novación, precisa anotarse que —a diferencia de lo que ocurre con otras figuras o instituciones jurídicas— el tema tradicionalmente no ha suscitado controversias ni dificultades mayores.

La novación entraña un contrato extintivo de obligaciones, salvo los casos de la novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de expromisión y de la novación legal, caso este último en que la novación nace por mandato legal.

La novación, por su idoneidad, puede calificarse como un medio no ideal de extinción de obligaciones, por cuanto constituye una desviación en el destino natural de la relación obligatoria. Adviértase que esta figura jurídica —en cualquiera de sus modalidades— importa la sustitución de una obligación por otra.

Y, por las partes que intervienen, puede ser un medio unilateral de extinción de obligaciones o uno de carácter bilateral, según la modalidad novatoria que se analice.

La novación subjetiva por cambio de deudor, en la modalidad de expromisión, sólo requiere de la voluntad del acreedor y del tercero que se sustituye, y se puede efectuar aun contra la voluntad del deudor primitivo (artículo 1282). En este sentido la novación, desde la óptica de las personas que intervienen en la obligación primigenia, constituye un medio de extinción unilateral.

En cambio, las otras formas de novación, esto es la novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de delegación, la novación subjetiva por cambio de acreedor y la novación objetiva, exigen del acuerdo entre deudor y acreedor para sustituir una obligación por otra. Por tal razón, estas formas novatorias, desde la misma óptica señalada, pueden catalogarse como medios bilaterales de extinción de obligaciones.

Según la intervención de la voluntad humana, la novación es un medio voluntario de extinción de obligaciones, ya que lejos de operar por mandato de la ley, lo hace en virtud de la voluntad del acreedor o de mutuo acuerdo entre acreedor y deudor, con la salvedad de los casos de novación legal.

En cuanto a la formalidad de la estipulación novatoria, debemos advertir que en el Derecho moderno, y singularmente en el Código Peruano de 1984, sería discutible que la novación, en numerosos casos, exigiera, para su validez, del requisito de forma, porque tal solemnidad no está impuesta por la ley, como sí ocurre con otros modos de extinción de las obligaciones, tales como la transacción.

Cabe recordar, por lo demás, que el Código Civil, en su artículo 1413, establece que las modificaciones del contrato original deben efectuarse en la forma prescrita para ese contrato.

Debemos reparar en que este numeral, si bien menciona a las modificaciones, no alude a las regulaciones ni a la extinción del contrato original.

En tal sentido, podría interpretarse que la regulación del contrato original no requeriría de formalidad alguna, en la medida en que las partes no estarían variando sus términos, sino solamente efectuando precisiones en relación con dicho acto jurídico.

Por otra parte, respecto a la extinción del contrato original, el artículo 1413 tampoco ha establecido la necesidad de formalidad especial alguna, razón por la cual podría entenderse que, para estos efectos, también existe libertad de forma.

Sin embargo, en nuestro medio se ha sostenido la opinión contraria.

Cuando nos referimos a la modificación de una relación contractual, no estamos, necesariamente, aludiendo al tema de la novación.

Modificar la relación contractual no significa, necesariamente, novar las obligaciones en ella contenidas, pues podría tratarse de cambios en las relaciones obligatorias de la naturaleza de aquéllas mencionadas en el artículo 1279 del Código Civil, vale decir, de modificaciones accesorias, las mismas que no generan novación.

De esta forma, queda claro que no toda modificación a una relación contractual importa un acuerdo novatorio.

Ahora bien, podríamos preguntarnos si un acuerdo novatorio implica, necesariamente, la modificación de la relación contractual.

*Prima facie* podría pensarse que sí. Pero no olvidemos que la novación significa de por sí la extinción de una obligación y la creación de una nueva. Y en materia contractual, la novación incluso puede originar la extinción de todas las obligaciones del contrato primigenio y su sustitución por otras derivadas de una fuente distinta. Es el caso típico de la novación objetiva por cambio de título.

En el supuesto de que la novación recaiga sólo sobre una de las obligaciones de la relación contractual, se habría producido la extinción de esa obligación y el nacimiento de una nueva, en tanto que las demás obligaciones subsistirían inalteradas. Aquí podríamos hablar de que esa novación implica una modificación de la relación contractual, por haberse producido la extinción de una de las obligaciones y su sustitución por una nueva, y por tratarse de un contrato modificatorio sería aplicable lo dispuesto por el artículo 1413 del Código Civil, ya que las modificaciones del contrato original (impliquen o no novación) deben efectuarse en la forma prescrita para ese contrato.

Sin embargo, en el supuesto de un contrato referente a toda la relación contractual y que produzca novación de la integridad de la misma (por ejemplo, una novación objetiva por cambio de título), sería evidente que nos encontramos ante un contrato extintivo y, a la vez, creador de obligaciones. Tratándose de un contrato extintivo, y sobre la base de lo que hemos señalado anteriormente, no requeriría seguir la forma prescrita para el contrato original.

Pero en tanto contrato generador de nuevas obligaciones, tendremos que analizar si esa nueva relación contractual que se crea, exige para su nacimiento de una formalidad solemne impuesta por la ley o autoimpuesta por las partes. Si éste fuese el caso, ese nuevo contrato novatorio

requeriría seguir esa formalidad. En caso contrario, el contrato novatorio a que hacemos referencia tendría libertad de forma, vale decir, que incluso podría celebrarse con el solo consentimiento de las partes.

En este punto estimamos pertinente referirnos a la posibilidad de que este tema sea susceptible de vincularse con lo dispuesto por la ley respecto al mutuo disenso.

Entendemos que las doctrinas relativas a la forma del mutuo disenso, cuando la relación contractual que se quiere dejar sin efecto ha requerido de una formalidad solemne para su nacimiento, no resultan aplicables al tema de la novación, por cuanto a través del mutuo disenso lo que las partes buscan es dejar sin efecto la relación contractual, sin pretender la creación de nuevas obligaciones en sustitución de aquéllas extinguidas. Lo único que persiguen es dejar sin efecto las que crearon anteriormente. Por ello, dada la diversa naturaleza del mutuo disenso y de la novación, entendemos que a ambas figuras les son aplicables principios propios y no comunes.

Finalmente, debemos mencionar los principios de la forma en los supuestos de novación subjetiva.

En tales supuestos, ya sea por cambio de acreedor o por cambio de deudor (en cualquiera de sus modalidades: por delegación o por expromisión), la relación contractual no se modifica, pues el contenido de las obligaciones nacidas del contrato originario se mantiene inalterable. En este sentido, no podría sostenerse que una novación subjetiva implica la modificación de las prestaciones, objetivamente consideradas, del contrato original, razón por la cual descartaríamos la aplicación del principio establecido por el artículo 1413, norma que, lo reiteramos, dispone que las modificaciones al contrato deben efectuarse en la misma forma prescrita para él.

Claramente, un supuesto de novación subjetiva significa la sustitución de una de las partes en alguna o algunas de las obligaciones nacidas del contrato originario o, en su caso, de una de las partes en todas las obligaciones nacidas de dicho contrato.

Sin embargo, hacemos la salvedad de que no consideramos a este supuesto como uno de modificación del contrato, pues en la doctrina y dentro del marco legislativo peruano, sólo se entiende que hay modificación de la relación contractual en sentido objetivo, vale decir,

cuando se producen cambios en el contenido de las obligaciones o en las obligaciones propiamente dichas; no así cuando lo que varía es alguna o algunas de las partes de la relación contractual. De esta forma, cuando nos encontramos ante la presencia de figuras tales como la cesión de posición contractual o contrato por persona a nombrar en el que efectivamente se produzca dicho nombramiento, hablaremos de una sustitución de las partes en el contrato (relación contractual), pero no de la modificación del contrato mismo.

No obstante lo señalado, debemos precisar que cuando una de las partes se sustituye en todas las obligaciones nacidas del contrato originario, se produce no sólo la extinción de dichas obligaciones, sino también la extinción del contrato originario y el nacimiento de uno nuevo. Ahora bien, este último (el nuevo contrato) deberá observar la formalidad prescrita por la ley o la autoimpuesta por las partes para su validez, de ser el caso.

Como vemos, el tema de la forma en la novación requiere de principios especiales, en tanto que no le resultan de estricta aplicación aquéllos relativos a la forma del contrato.

## 2. CONCEPTO Y REQUISITOS

La novación, sin duda, es una de las vías extintivas de obligaciones que el Derecho auspicia (esta figura se encuentra legislada en la Sección Segunda del Libro VI del Código Civil de 1984). De allí que, conforme al criterio de la normalidad, la novación puede catalogarse como un medio normal de extinción de obligaciones.

Por la satisfacción del interés patrimonial del acreedor, la novación constituye un medio satisfactorio. En efecto, por la novación el interés del *accipiens* se satisface mediante el cumplimiento de una obligación nueva y distinta a la originalmente pactada.

De acuerdo con sus efectos, esta figura jurídica no es sólo un medio extintivo de obligaciones, toda vez que, en cualquiera de sus modalidades, implica la creación de una obligación nueva que sustituye a otra preexistente. En tal sentido, la novación resulta ser al mismo tiempo medio extintivo y fuente creadora de obligaciones.

El artículo 1277 del Código Civil Peruano de 1984 establece lo siguiente:

*Artículo 1277.- «Por la novación se sustituye una obligación por otra.*

*Para que exista novación es preciso que la voluntad de novar se manifieste indubitablemente en la nueva obligación, o que la existencia de la anterior sea incompatible con la nueva».*

Para que pueda configurarse la novación es necesaria la presencia de los siguientes requisitos:

### 2.1. Preexistencia de una obligación válida

La novación exige para su validez de la existencia previa de una obligación cuyo cumplimiento se halle aún pendiente.

Cabe señalar, además, que el cumplimiento de la obligación primitiva debe ser posible. De lo contrario, esto es, si existiese imposibilidad objetiva de cumplir con la prestación originaria, no podría producirse novación.

La imposibilidad de ejecución del objeto de la relación obligatoria determina su extinción. En tal sentido, no podría pactarse novación alguna, ya que no habría obligación preexistente que sustituir (aquélla estaría extinguida ante la imposibilidad de su cumplimiento).

### 2.2. Creación de una nueva obligación

El segundo requisito esencial de la novación es el nacimiento de una nueva obligación que reemplaza a la anterior que se extingue.

Sin duda, la novación precisa de una diferencia sustancial entre la obligación que se extingue y la que se crea. Sólo un cambio sustancial en la primera obligación produce novación. Todo cambio que genere una modificación en la esencia de una relación obligatoria supone siempre su extinción y la consecuente creación de una nueva.

Este cambio, que llamamos sustancial, se produce cuando los contratantes de mutuo acuerdo convienen en modificar alguno de los elementos constitutivos de la relación obligatoria, suprimir la condición a que se hallaba sujeta la obligación primigenia o, por el contrario, sujetar la obligación originalmente pura, a una condición, todo ello con las restricciones y límites que, al respecto, contempla el propio Código Civil, y con la singularidad de la novación subjetiva por expromisión y de la novación legal, a las que antes nos referimos.

### 2.3. *Animus novandi* o voluntad de novar

Por la novación, una obligación nueva y distinta permite al deudor obtener su liberación y al acreedor satisfacer su crédito. En tal sentido, es claro que esta figura requiere del mutuo acuerdo entre acreedor y deudor, con las restricciones que corresponden a la novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de expromisión y a la novación legal que acabamos de señalar.

La intención de novar debe establecerse claramente, pues de lo contrario se entenderá que no hay novación y, por tanto, coexistirán dos obligaciones (la obligación primigenia y la nueva), estando el deudor obligado a efectuar el pago de ambas. Éste es el riesgo que asume el deudor que no exprese con claridad la intención de novar una obligación.

Sobre la base de estas consideraciones, resulta claro que para que exista novación se requiere que la voluntad de novar se manifieste indubitablemente en la nueva obligación. Pero, ¿significa esto que los contratantes tienen que declarar expresamente su intención de novar la obligación?

Pensamos que no.

La intención de novar no requiere ser necesariamente expresa, pero sí debe ser indubitable. Es indubitable cuando los sujetos de una relación obligatoria convienen en efectuar un cambio en la esencia de la obligación, que demuestre *per se* la intención de novar. Se exige, pues, una manifestación de voluntad inequívoca.

Así lo prevé la ley civil peruana en el segundo parágrafo del artículo 1277, al señalar que para que exista novación es preciso que la voluntad de novar se manifieste indubitablemente en la nueva obligación, o que la existencia de la anterior sea incompatible con la nueva.

En nuestra opinión, un caso de incompatibilidad de obligaciones que permita suponer la intención de novar podría ser el que seguidamente mencionamos.

Un ingeniero constructor se obliga con el propietario de un edificio a levantar un departamento de un piso en los aires del último piso de dicho inmueble. La municipalidad sólo permite edificar un piso adicional sobre los aires del último piso, razón por la cual sólo será posible construir un departamento más. Antes de iniciarse la construcción del predio, y a propuesta del dueño del edificio, ambas partes convienen que

en dichos aires se construirá un auditorio. Si las partes no han expresado que han querido novar su obligación, esto no será obstáculo para que se entienda que ha habido novación, ya que la existencia de la obligación original —la de construir el departamento— es incompatible con la nueva obligación —la de construir el auditorio—, pues sobre el último piso del edificio solamente se podrá levantar uno más, el mismo que podría ser el departamento o el auditorio. Por tal razón, resulta evidente que la obligación de edificar un departamento ha sido novada.

## 3. NOVACIÓN OBJETIVA

La novación puede operar bajo dos formas, a saber: mediante un cambio en los sujetos de la relación obligatoria, en cuyo caso se denomina subjetiva, o a través de un cambio en el objeto o la causa de la obligación. Esta última forma, regulada por el artículo 1278 del Código Civil, es la llamada novación objetiva, la misma que se genera cuando la prestación debida o el título que da origen a la obligación, se sustituyen por otros.

El texto del referido artículo 1278 es el siguiente:

> *Artículo 1278.- «Hay novación objetiva cuando el acreedor y el deudor sustituyen la obligación primitiva por otra, con prestación distinta o a título diferente».*

La novación objetiva, a que se refiere el precepto, se configura cuando acreedor y deudor sustituyen la obligación primitiva por una nueva relación obligatoria, en la que aparecen las mismas partes obligadas al cumplimiento de una prestación distinta o en virtud de un título diferente.

Existen diversas clases de novación objetiva:

### 3.1. Novación objetiva por cambio de prestación

La novación objetiva por cambio de prestación surge cuando las partes convienen en modificar sustancialmente el objeto de la obligación primitiva o sustituirlo por otro.

Para que la novación se produzca es necesario un cambio esencial en la relación obligatoria. Por ello, sólo las modificaciones sustanciales en la prestación debida producirán novación por cambio de objeto.

Adviértase que las variaciones accidentales en la obligación no producen novación, sino solamente un cambio accesorio en la relación obligatoria (argumento del artículo 1279 del Código Civil, norma que analizaremos más adelante).

Un ejemplo de novación objetiva por cambio de prestación sería el siguiente: Si dos partes celebran un contrato de compraventa de una casa, por un precio de 300,000 nuevos soles, y luego, de mutuo acuerdo, deciden que ya no se cumplirá con esta prestación, y la sustituyen por la obligación de dar un departamento. Aquí, sin duda, se habría producido novación en virtud de un cambio en el objeto de la obligación.

La ley civil peruana no contiene una norma que precise taxativamente si tal o cual cambio en la relación obligatoria produce novación.

No obstante, en doctrina existe consenso en considerar que se suscita un cambio esencial en el objeto debido, en los supuestos que anotamos a continuación:

- Cuando se sustituye el objeto de la obligación por otro.

- Cuando se agrega o suprime una condición a la obligación primitiva.

- Cuando una obligación que era mancomunada se convierte en solidaria.

- Cuando se introducen variaciones sustanciales en el contenido de la prestación.

- Cuando operan cambios sobre el propio vínculo jurídico. Sería el caso, por ejemplo, de la sustitución de una obligación natural por una civil.

Sin embargo, en lo relativo a las alteraciones de la relación obligatoria que, en nuestra opinión, importan novación, remitimos al lector a los comentarios que anotamos al analizar el artículo 1279 del Código Civil.

### 3.2. Novación objetiva por cambio de título o causa fuente

Otro de los supuestos de novación objetiva es aquél en el que se modifica la fuente originaria de la obligación por otra.

En efecto, cuando se sustituye la fuente de la cual emana la obligación por otra distinta, se produce novación por cambio de causa fuente.

Para ilustrar este supuesto vamos a consignar un ejemplo. Dos partes han celebrado un contrato de compraventa por el cual una le va a entregar en propiedad a la otra un automóvil determinado, a cambio de 40,000 nuevos soles. Posteriormente, acuerdan que el comprador ya no entregará dicha suma de dinero, sino que transferirá la propiedad de una camioneta determinada. En este caso, no hay duda de que se ha producido un cambio en la prestación a cargo de una de las partes, pero no sólo ha variado la prestación a ejecutar, sino también ha cambiado el contrato mismo, pues ya no estamos ante un contrato de compraventa, sino en presencia de un contrato de permuta. En este caso, no sólo se ha novado la obligación, sino el contrato, vale decir, la causa fuente misma.

Por otra parte, debemos expresar que la generalidad de la doctrina consultada estima que hay novación por cambio de causa en los siguientes casos:

- Cuando se transforma un depósito en préstamo y viceversa.

- Si una suma percibida por el mandatario se convierte en préstamo.

- Cuando una permuta se transforma en una compraventa, supuesto en que el permutante comprometido a entregar determinada cosa se torna deudor de ella a título de vendedor.

- Si la deuda relativa al precio de la locación de servicios se convierte en depósito por cuenta del acreedor.

- Cuando existe un saldo de una cuenta corriente y el deudor manifiesta recibir, en calidad de préstamo, la suma que adeuda.

- Si acreedor y deudor celebran convenio de cancelación de una deuda, por el cual el deudor entrega una suma a cuenta, comprometiéndose a satisfacer el resto en cuotas mensuales, con la facultad del acreedor, en caso de incumplimiento, de resolver el convenio y reclamar la deuda originaria.

- Si las partes celebran un segundo contrato de compraventa respecto de un mismo inmueble, con fundamental variante de precio.

Los supuestos anotados son casos usuales y representativos de novación objetiva por cambio de causa fuente, dejando constancia, sin embargo, de que ésta puede presentarse en infinidad de variantes.

Antes de finalizar el análisis del precepto bajo comentario, precisa anotarse que en la novación por cambio de causa fuente, el efecto extintivo-creador de las obligaciones se verifica respecto a todas las obligaciones que emanan del título o causa fuente que se sustituye, y no sólo sobre una o algunas de las obligaciones. Este último caso se presenta únicamente en la novación por cambio de objeto.

## 4. ACTOS QUE NO CONSTITUYEN NOVACIÓN

El artículo 1279 del Código Civil Peruano de 1984 establece qué cambios accesorios en la prestación no producen novación:

> *Artículo 1279.- «La emisión de títulos valores o su renovación, la modificación de un plazo o del lugar del pago, o cualquier otro cambio accesorio de la obligación, no producen novación».*

Como puede observarse, el precepto bajo análisis tan sólo enuncia algunos de ellos, a saber:

### 4.1. La emisión de títulos valores

En el Código de 1984 se ha considerado, con acierto, que la emisión de títulos valores no constituye novación.

La emisión de un título valor respecto de una obligación que le antecede en el tiempo, no cambia dicha obligación por una nueva. Tan sólo trata de asegurar su cumplimiento, de facilitar la circulación de la acreencia y de dinamizar su cobranza.

Precisa señalarse, además, que la novación, por lo general, es un acto bilateral; vale decir, que es necesaria la intervención de las dos partes (acreedor y deudor) para que ella se produzca. En cambio, el otorgamiento de un título valor puede ser tanto un acto bilateral como unilateral, ya que para su expedición, en algunos supuestos, se requiere de la intervención de una sola parte, el deudor, como por ejemplo en el caso del cheque.

Adicionalmente, un título valor representa la prestación original —y por ello no produce efectos novatorios—; su objeto muchas veces es comercializar el propio título valor, descontarlo en una institución de crédito, endosarlo para pagar o garantizar obligaciones, etc.

### 4.2. La renovación de títulos valores

El artículo 1279 del Código Civil también establece que la renovación de títulos valores no produce novación.

Sobre la base de las consideraciones anotadas, cabe afirmar que si la emisión de un título valor no origina novación, tampoco la generará su renovación. Por un lado, porque no se ha cambiado la obligación primigenia; y de otro, porque la renovación de un título valor simplemente varía su fecha de ejecución, por haberse producido una prórroga, mas no la obligación original, que sirve de causa fuente al mencionado título valor y a su renovación.

### 4.3. La modificación de un plazo

Prescribe el artículo 1279 del Código Civil que la modificación de un plazo no produce novación.

Abrigamos dudas acerca de la certeza del precepto bajo comentario, cuando establece, en los términos más amplios, que la modificación del plazo no produce novación, toda vez que en ciertos casos ella sí podría generarse, como veremos seguidamente.

Cuando la modificación del plazo no afecta de modo considerable al objeto de la obligación en sí, es evidente que no se produce novación. Si, por ejemplo, en el título original de la obligación se ha establecido que el deudor deberá pagar una determinada cantidad de dinero el día 21 de julio de 2008, y antes de vencido dicho plazo suspensivo ambas partes acuerdan que el pago ya no se efectuará el día 21 sino el día 22, resultaría obvio que la variación del plazo no habría afectado sino en forma absolutamente adjetiva la integridad de la obligación pactada. Se podría decir, sin duda alguna, que la obligación sigue siendo la misma.

En cambio, la variación del plazo podría resultar fundamental en el siguiente caso: Dos partes han celebrado un contrato de suministro, por el cual una de ellas se ha obligado a suministrar a la otra la cantidad de mil cajas de cerveza los días viernes de todo el mes de abril de 2008. Si luego de celebrado el contrato ambas partes amplían el plazo de un mes a un año, resultará evidente que aquí el plazo resolutorio jugaba un papel fundamental en el contrato, y que la variación del mismo no ha hecho que la relación jurídica patrimonial se altere en forma intrascendente, sino, por el contrario, se ha modificado de manera notable, ya que las

partes que antes estaban obligadas sólo durante un mes a ejecutar sus prestaciones, ahora lo estarán durante un año, vale decir, por un plazo once veces mayor que el originalmente previsto. En este caso, la variación del plazo habría producido una novación de la obligación, supuesto que no ha sido contemplado por el artículo 1279 del Código Civil.

A nuestro entender, si bien la variación del plazo puede ser accesoria (justamente en el supuesto de que sólo represente un cambio en la fecha de cumplimiento, como sería el caso del plazo suspensivo), ella podría ser fundamental, si representa una ejecución más o menos dilatada de la prestación original (ejemplo propuesto por nosotros de plazo resolutorio). Es decir, la prestación devendría en distinta —y por lo tanto habría novación— por la modificación del plazo.

En otras palabras, la modificación del plazo sería la causa de que exista esa variación en la prestación y, en consecuencia, de que se hubiera novado la obligación.

Por tal razón, consideramos que la norma debe interpretarse en el sentido de que la variación del plazo podrá o no producir la novación de la obligación, considerando la naturaleza de la obligación, el título y las circunstancias del caso.

### 4.4. La modificación del lugar del pago

El precepto bajo comentario establece que la modificación del lugar del pago no produce novación.

Por nuestra parte, estimamos, al igual que en el tema del plazo, que la variación del lugar del pago podría o no revestir la importancia necesaria como para considerarse que ha producido novación en la obligación.

Un ejemplo de variación intrascendente sería el que mencionamos a continuación: Una empresa con sede en la provincia de Lima, se compromete a entregar a una persona en la misma ciudad de Lima, distrito de San Isidro, una maquinaria pesada. Luego de celebrado el contrato, ambas partes acuerdan que la mencionada maquinaria ya no será entregada en San Isidro sino en el distrito de Pueblo Libre. Aquí no se habría producido novación de la obligación, porque dicho cambio resultaría intrascendente, ya que el cumplimiento de la obligación no representaría, prácticamente, ningún mayor o menor esfuerzo para el deudor.

En cambio, sí se habría producido novación de la obligación si se hubiese pactado el cambio del lugar de pago del distrito de San Isidro en la provincia de Lima, a la ciudad de Buenos Aires, Argentina, puesto que la ejecución de la obligación (el pago) sería mucho más gravosa para el deudor (que es quien debe soportar los gastos que ocasione el pago —argumento del artículo 1241 del Código Civil—).

Creemos que para el supuesto del lugar de pago debe adoptarse una solución similar a la propuesta por nosotros para el caso del plazo; esto es, considerar la naturaleza de la obligación, el título y las circunstancias del caso.

### 4.5. Cualquier otro cambio accesorio

El artículo 1279 del Código Civil prescribe en su parte final que cualquier otro cambio accesorio de la obligación no produce novación.

A nuestro modo de ver, de la lectura del artículo 1279, *in fine*, no queda claro cuáles son las variaciones accidentales en la prestación que no producen novación, y por ello no es posible deducir *contrario sensu* cuáles son aquellos supuestos que sí generan novación.

En tal sentido, estimamos necesario efectuar un análisis sobre aquellos cambios en la obligación que en opinión de la doctrina consultada no producen novación.

Según se verá del estudio de cada caso, nuestra opinión discrepa, en ciertas oportunidades, del parecer mayoritario de la doctrina, por las consideraciones que luego anotamos.

Advertimos al lector que no es nuestra intención efectuar una enumeración taxativa de los mismos, porque ello sería tarea imposible. Vamos a referirnos a algunos casos sólo a modo de ilustración; en tal virtud, cualquier omisión no debe interpretarse como excluyente.

#### *4.5.1. Aumento en el monto de la prestación pactada*

Cuando se aumenta el monto de la prestación pactada, nos encontramos ante un supuesto en el cual resulta discutible si hay o no novación objetiva.

Debemos reconocer que los autores consultados, que se pronuncian sobre el particular, se inclinan por la negativa.

Consideramos que, en la medida en que exista un aumento en el monto de la prestación, es decir, en la cantidad del número de unidades de que consta la misma, habrá siempre novación objetiva por cambio en la prestación.

En el ordenamiento jurídico peruano no sería posible sostener lo contrario, basándonos en el principio de integridad en el pago, ya que luego de producido el acuerdo novatorio el deudor deberá una cantidad mayor que aquélla originalmente adeudada; y no podrá cumplir pagando la suma convenida en un inicio, pues de intentar hacerlo, su acreedor podría rechazar ese pago parcial, conforme a lo previsto por el artículo 1221 del Código Civil, precepto que fuera analizado oportunamente.

#### *4.5.2. Reducción del monto original de la prestación*

Otro de los supuestos cuya calidad de acto novatorio resulta discutible, es la reducción del monto de la prestación originaria.

En nuestra opinión, el tema de la reducción del monto de la deuda podría interpretarse en dos sentidos.

El primero, asumir que hay novación objetiva. El segundo, apreciar el tema desde la perspectiva de una condonación parcial de la obligación, vale decir, que dicha reducción se origina en el perdón de una parte de la deuda al que llegan —de mutuo acuerdo— acreedor y deudor.

Creemos que no puede establecerse un principio o regla general que otorgue una solución definitiva y absoluta a la controversia; en tal sentido, tendrá que apreciarse, necesariamente, la manera cómo se ha contraído la obligación, así como los términos empleados en ella, para determinar si se trata de una u otra figura jurídica.

No obstante lo expresado, debemos ser claros en excluir de esta hipótesis aquellos casos en los cuales el deudor efectúa amortizaciones paulatinas o parciales de la deuda, ya que luego de cada pago será obvio que la deuda tendrá un monto menor, pero ello por el simple efecto del pago —el mismo que ha extinguido parcialmente la obligación—. En estos supuestos no estamos en presencia de novación alguna, pues al efectuarse dichos pagos parciales, comunes y corrientes, no media *animus novandi*, es decir, la intención de las partes de convertir su obligación en otra distinta, sino la voluntad de extinguirla gradualmente, sin recurrir a la creación de alguna nueva obligación.

### *4.5.3. Variación de la moneda en que se pactó originalmente la deuda*

Otro de los supuestos que suscita polémica acerca de la novación objetiva, es el referido a la variación de la moneda en que se pactó originalmente la deuda, en el entendido de que la nueva moneda convenida es inicialmente de igual valor que la originalmente estipulada.

Si se pactase un contrato a través del cual una parte se obligara a cumplir determinada prestación a cambio de recibir una cantidad en nuevos soles, y luego ambas partes acordasen que a cambio de la mencionada prestación no se entregará la cantidad estipulada de nuevos soles, sino su equivalente en dólares estadounidenses, se habría producido novación, ya que la moneda extranjera (cualquiera que ésta sea) constituye un signo que representa al dinero, pero no es igual al dinero que en nuestro país, por la ley del curso legal y del curso forzoso, está constituido exclusivamente por nuevos soles.[155]

En caso de que las partes acordaran el cambio de moneda para una obligación dineraria, se trataría de un supuesto de novación objetiva, ya que ambas obligaciones (la de pagar con moneda nacional y la de pagar con moneda extranjera) tendrían consecuencias diferentes, como el clarísimo caso de las fluctuaciones de valor entre ambas monedas, lo que necesariamente originaría una modificación del monto de la prestación primitiva, el mismo que podría llegar a ser sustancial. Un importante argumento para considerar como novatorio al cambio de moneda en la obligación, sería el hecho de que, en caso de existir garantes (fiadores), no se les podría exigir que continuaran obligados por una prestación distinta, la misma que podría llegar a ser bastante más onerosa que la primigenia.

Analicemos el caso de una deuda contraída originalmente en moneda extranjera que, por acuerdo entre las partes, se cambia por una obligación de dar moneda nacional. ¿Estaríamos ante un caso de novación?

Debemos aclarar a este respecto que no nos estamos refiriendo a la aplicación del artículo 1237 del Código Civil. De acuerdo con este

---

155 Sobre el tema, remitimos al lector al análisis que en relación al pago en moneda extranjera efectuara uno de los coautores de este estudio (CASTILLO FREYRE, Mario. *El precio en el contrato de compraventa y el contrato de permuta*. Biblioteca «Para leer el Código Civil». Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993, vol. XIV, pp. 53-68).

precepto, el pago de una deuda en moneda extranjera, salvo pacto en contrario, puede hacerse en moneda nacional al tipo de cambio de venta del día y lugar del vencimiento de la obligación.

La moneda extranjera, en el supuesto planteado por dicho artículo, se encuentra *in obligatione*, siendo la moneda del contrato. En cambio, la moneda nacional se encuentra *in facultate solutionis*, siendo la moneda de pago.

El Código Civil, en la norma que consigna el artículo 1237, ha consagrado una obligación facultativa legal. Es decir, el deudor puede escoger entre pagar en la misma moneda extranjera estipulada o en moneda nacional, en sustitución de la extranjera, al tipo de cambio indicado por el mismo precepto.

El caso que analizamos es el que se presenta cuando las partes deciden transformar esa obligación contraída en moneda extranjera, sin que todavía se efectúe el pago en moneda nacional. En este supuesto se produce un cambio sustancial en el objeto de la obligación.

En efecto, mientras que en la obligación estipulada en moneda extranjera, ésta es la prestación principal, es decir, la que se halla *in obligatione*, al producirse su cambio, convirtiéndose en una obligación de pagar moneda nacional, ésta se transformaría en la moneda *in obligatione*. No habría aquí sino una obligación de dar moneda nacional. La obligación ya no sería facultativa sino, por el contrario, una obligación simple de dar una suma de dinero expresada en esa moneda. El pago, en esta situación, tendría necesariamente que verificarse en moneda nacional. La deuda originaria consistiría en esa moneda. No sólo constituiría, por tanto, la moneda del contrato, sino que igualmente sería la moneda de pago.

Este supuesto es totalmente diverso a aquél planteado inicialmente, pues en ése la moneda nacional constituye tan sólo el medio liberatorio del que puede valerse el deudor para cumplir con la obligación contraída en moneda extranjera.

En el segundo supuesto, teniendo en cuenta los alcances de la transformación de la deuda contraída originalmente en moneda extranjera, a fin de que constituya una obligación de dar moneda nacional, estimamos que existe novación.

En el caso propuesto, el cambio de prestación recae sobre lo que constituye el objeto principal de la obligación: la moneda del contrato.

La prestación principal ya no consistiría en dar moneda extranjera sino, por el contrario, moneda nacional.

En opinión nuestra, hay en esta hipótesis una efectiva sustitución de la primitiva obligación por otra nueva, y por ello estimamos que existe novación.

Antes de concluir, queremos hacer hincapié en que continuaríamos en presencia de un supuesto novatorio, en la eventualidad de que la obligación original hubiese sido pactada en cualquier moneda extranjera (por ejemplo, libras esterlinas) y que luego las partes decidieran convertirla en una deuda expresada en otra moneda extranjera (por ejemplo, yenes japoneses), caso en el cual habría novación porque, como es obvio, no se trataría del mismo signo monetario.

#### *4.5.4. Cambio en la formalidad del acto celebrado*

Un supuesto adicional que motiva el interés de la doctrina consultada es el relativo a si el cambio en la formalidad del acto celebrado constituye o no novación.

Consideramos que el caso materia de análisis suscita seis hipótesis.

La primera, cuando las partes inicialmente han celebrado un acto consensual y luego deciden transformarlo en un acto *ad probationem*.

La segunda, cuando las partes hubieran celebrado inicialmente un acto consensual, pero luego deciden convertirlo en uno *ad solemnitatem*.

La tercera, cuando las partes han celebrado inicialmente un acto *ad probationem* y, posteriormente, lo transforman en uno consensual.

La cuarta, cuando las partes han celebrado inicialmente un acto *ad probationem* y más tarde deciden convertirlo en uno *ad solemnitatem*.

La quinta, cuando las partes han celebrado un acto *ad solemnitatem* (en la medida en que se hubiera tratado de una solemnidad autoimpuesta por las partes y no por la ley) y luego acuerdan transformarlo en uno consensual.

Y la sexta, en caso que las partes hubieran celebrado inicialmente un acto solemne (autoimponiéndose dicha solemnidad) y, posteriormente, lo convierten en uno *ad probationem*.

En ninguno de estos casos hay novación.

#### *4.5.5. Aumento, reducción o supresión de la tasa de interés*

El aumento, reducción o supresión de la tasa de interés, podrían constituir otros supuestos discutibles de novación objetiva por cambio de prestación.

Entendemos que la modificación de la tasa de interés de una obligación no puede configurar un supuesto novatorio. Ello, en virtud de que los intereses son accesorios de la obligación principal (el capital).

Sin embargo, hacemos la salvedad de que una disminución en el monto de los intereses podría ser considerada como una condonación parcial, en tanto que el convenio sobre eliminación de los mismos podría entenderse como una condonación total.

#### *4.5.6. Inclusión de un cargo a una obligación pura y simple o supresión del cargo originalmente estipulado en la obligación*

Estimamos que se podría tratar de un supuesto de novación objetiva por cambio de prestación, cuando una obligación pura y simple se convierte (por pacto o por mandato de la ley) en una obligación con cargo.

Del mismo modo, cuando una obligación con cargo se convierte en una pura y simple, podría haber novación.

Sin embargo, la doctrina consultada no comparte en términos absolutos nuestra apreciación.

Pensamos que habría que analizar cada caso concreto. Así, no habría novación en supuestos tales como la modificación de un cargo en el acto celebrado, siempre y cuando fuese intrascendente, pues si el mismo revistiera importancia patrimonial, sí se produciría novación.

#### *4.5.7. Adición o supresión de una cláusula penal*

Creemos que no habría novación si nos encontramos ante la adición de una cláusula penal en estricto, vale decir, de un pacto anticipado de indemnización, convenido antes de producirse cualquier incumplimiento o mora. Esto, porque la cláusula penal es subsidiaria y accesoria a la obligación de que se trate o cuyo cumplimiento asegure.

Con o sin cláusula penal, la obligación principal será exactamente la misma. Por eso, la inclusión o supresión de una cláusula penal sólo tendrá efectos de producirse el hecho para cuya seguridad se ha pac-

tado, independientemente del contenido de la obligación principal, el mismo que permanece intacto.

### *4.5.8. Adición o supresión de las garantías*

Las modificaciones de las garantías es otro de los temas contemplados por la doctrina para dilucidar si en tales eventualidades hay o no novación.

Compartimos la opinión unánime de una respuesta negativa.

### *4.5.9. La litis contestatio*

También se ha debatido si la *litis contestatio* produce novación. Creemos, con Boffi Boggero y Llambías, que no la produce.

Para Boffi Boggero[156] no habría novación en la modificación de la *litis contestatio*. Esta materia ha sido objeto de un amplio debate entre quienes afirman que la figura mencionada produce novación y quienes expresan lo contrario.

Anota Boffi Boggero que la *litis contestatio*, al margen de cualquier antecedente romano, no opera novación, ya que la obligación debatida queda intacta después de aquella figura jurídica.

Llambías[157] afirma que la *litis contestatio* tampoco constituye un supuesto de novación. Señala el citado profesor que antiguamente se consideraba que la *litis contestatio*, o sea, la traba del litigio por demanda y contestación, entrañaba novación por cambio de causa, porque la *litis* ligaba a las partes y les imponía el deber de seguirla, de modo que la causa de las obligaciones existentes entre ellas ya no era la primitiva, sino el juicio mismo en que aquélla se había volcado.

Precisa el autor argentino que cualquiera que fuese la validez de esa concepción en el Derecho Romano, no se duda ya de que carece de sustento en el Derecho moderno, en el cual la *litis contestatio* sólo anuda una relación procesal sin modificar la relación jurídica sustancial que pudiera vincular a las partes; de ahí que sea dable concluir en que la traba de un litigio judicial no configura novación.

---

156 BOFFI BOGGERO, Luis María. *Op. cit.*, tomo IV, p. 325.

157 LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, tomo III, p. 49.

### *4.5.10. Variaciones en la obligación en virtud de una resolución judicial*

La modificación de la obligación por resolución judicial es otro de los supuestos cuya calidad de acto novatorio es discutida en doctrina.

La mayoría de los autores consultados consideran que este supuesto no produce novación.

Para Boffi Boggero[158] no habría novación en la modificación por sentencia judicial. Recuerda el citado profesor que se ha sostenido que la sentencia judicial produce novación sobre la base de que, por ejemplo, agrega *imperium* (nota de Derecho Procesal); el crédito se torna líquido, cierto; las obligaciones de hacer se transforman en obligaciones de dar; se establecen intereses donde no se habían convenido, etc. Boffi Boggero piensa, sin embargo, que no hay novación porque media inalterabilidad esencial de la obligación originaria, recogida en la sentencia, sea ésta de las llamadas declarativas, condenatorias, constitutivas o de cualquier otra terminología afín.

### *4.5.11. Sustitución del carácter civil de la obligación por uno comercial y viceversa*

Sobre este particular, pensamos que dado el creciente proceso de unificación a nivel legislativo del tratamiento de las obligaciones y contratos civiles y comerciales, paulatinamente desaparecerá la incertidumbre anotada.

Como sabemos, el Perú no ha sido ajeno a este proceso de unificación y, a través del artículo 2112 del Código Civil de 1984, se estableció que *«Los contratos de compraventa, permuta, mutuo, depósito y fianza de naturaleza mercantil, se rigen por las disposiciones del presente Código. Quedan derogados los artículos 297 a 314, 320 a 341 y 430 a 433 del Código de Comercio»*.

Ahora bien, no obstante ello, sí habría novación en tanto —teóricamente hablando— el nuevo régimen legal aplicable a la obligación difiera del que le resultaba pertinente cuando tenía naturaleza distinta.

### *4.5.12. Modificaciones en el modo de ejecución de la prestación*

En relación con eventuales modificaciones sobre el modo de cumplimiento de la obligación, estima Boffi Boggero[159] que no habría

---

158 BOFFI BOGGERO, Luis María. *Op. cit.*, tomo IV, pp. 325 y 326.

159 BOFFI BOGGERO, Luis María. *Op. cit.*, tomo IV, p. 324.

novación cuando se den modificaciones sobre el «modo del cumplimiento»; pues la expresión «modo» significa, en este punto, algo semejante a manera o procedimiento para cumplir o pagar; la obligación es la misma, ya se pague en la moneda pactada, ya en otra de curso legal, se agregue o se suprima la *facultate solutionis*.

Por nuestra parte, consideramos que las expresiones del citado profesor argentino no deben ser tomadas en términos absolutos, ya que si bien es cierto que ellas resultarían aplicables a la gran mayoría de obligaciones de dar, no debe olvidarse que el modo de cumplimiento usualmente es fundamental en las obligaciones de hacer, tal como lo expresamos al analizar dicha clase de obligaciones.

De esta forma, el cambio en la manera o modo de ejecución de la prestación podría tener tal relevancia que constituya un supuesto de novación objetiva.

Por ejemplo, si un cantante se obliga con un canal de televisión a efectuar una presentación utilizando *play back* y, con posterioridad, acuerda con la misma empresa realizar dicha presentación en vivo, sin duda se habría novado la obligación primigenia.

Adviértase que el modo de ejecución de la prestación tiene, en este caso, particular importancia. Una presentación en vivo a menudo supone la presencia de una orquesta, y ésta, evidentemente, hace más onerosa a la prestación originaria.

#### *4.5.13. Inclusión de una deuda en una cuenta corriente*

También resulta claro que la incorporación de una deuda en una cuenta corriente no constituiría novación.

Hasta aquí los supuestos cuya calidad de actos novatorios son negados, en general, por la doctrina, y discutidos, en algunos casos, por nosotros.

### 5. NOVACIÓN SUBJETIVA POR CAMBIO DE ACREEDOR

Una de las formas en las que puede operar la novación es mediante un cambio en los sujetos de la relación obligatoria, en cuyo caso se denomina novación subjetiva.

Hay novación subjetiva cuando la obligación primitiva se sustituye por una relación obligatoria distinta, en la que aparece un nuevo

acreedor o un nuevo deudor, o un nuevo acreedor y un nuevo deudor, por haber operado un cambio en los sujetos de la obligación primigenia. La novación subjetiva es de dos clases: por cambio de acreedor o por cambio de deudor.

El artículo 1280 del Código Civil Peruano de 1984, trata acerca del primer supuesto de novación subjetiva, esto es, de la novación por cambio de acreedor:

> *Artículo 1280*.- «*En la novación por cambio de acreedor se requiere, además del acuerdo entre el acreedor que se sustituye y el sustituido, el asentimiento del deudor*».

Esta modalidad novatoria se produce mediante la creación de una nueva obligación con distinto acreedor, que extingue y sustituye a una relación obligatoria preexistente.

Para que opere novación por cambio de acreedor se requiere, en consecuencia, del consentimiento de tres partes: del acreedor originario, del nuevo acreedor y del deudor (quien va a ser el mismo en la relación jurídica antes y después de producido el cambio del acreedor).

Esta forma novatoria exige, por tanto, no sólo el *animus novandi* del antiguo y del nuevo acreedor, sino también la voluntad de novar del deudor.

La novación por cambio de acreedor supone que el antiguo acreedor renuncia a su crédito; que el deudor contrae una nueva deuda; y que el nuevo acreedor adquiere un crédito, ya que es imposible prescindir del asentimiento de alguno de ellos.

Dentro de tal orden de ideas, juzgamos apropiado destacar que la declaración de voluntad del deudor es un requisito de validez del contrato novatorio bajo análisis, y no sólo uno de eficacia.

En suma, para que se extinga una obligación y en su reemplazo se cree una nueva con distinto acreedor, se requiere no sólo del convenio entre el primitivo acreedor y el nuevo, sino además el asentimiento del deudor. Éste es un elemento esencial de la novación. Sin el asentimiento del deudor no podría crearse una nueva obligación a su cargo, aun cuando la prestación fuera la misma que la de la antigua obligación.

De otro lado, las declaraciones de voluntad que precisa la validez de la novación por cambio de acreedor, pueden producirse o no de manera simultánea. En tal sentido, resulta indiferente si el asentimiento del deudor respecto de la novación es anterior, concomitante o posterior al acuerdo novatorio que el acreedor originario y el nuevo hubieren celebrado. Así, la declaración de voluntad del deudor podrá producirse incluso con posterioridad a dicho acuerdo, pero sólo entonces este último tendrá validez.

De lo expuesto se desprende que la novación por cambio de acreedor es un medio extintivo y creador de obligaciones, y que esta dualidad es la nota característica que prueba su vigencia.

## 6. NOVACIÓN SUBJETIVA POR CAMBIO DE DEUDOR EN LA MODALIDAD DE DELEGACIÓN

La novación subjetiva por cambio de deudor puede acontecer bajo dos formas, a saber: por delegación y por expromisión.

Se efectuará por delegación, cuando el cambio de deudor exija la voluntad de novar de tres partes, esto es, del acreedor, del deudor primigenio y del nuevo deudor. En tanto que se producirá vía expromisión, cuando el contrato novatorio requiera únicamente el asentimiento del acreedor y del nuevo deudor.

El artículo 1281 del Código Civil Peruano regula la novación subjetiva por cambio de deudor y, dentro de la nomenclatura propuesta, concretamente la novación por delegación:

> Artículo 1281.- «*La novación por delegación requiere, además del acuerdo entre el deudor que se sustituye y el sustituido, el asentimiento del acreedor*».

El esquema de la novación subjetiva por cambio de deudor es similar al de la novación por cambio de acreedor. Una segunda obligación sustituye a una primera. Esta segunda obligación tiene la misma prestación, mas un tercero entra en reemplazo de uno de los sujetos de la relación obligatoria original; en este caso, el tercero, por acuerdo con el deudor, lo sustituye:

La figura sería la siguiente:

«A» «B»
DELEGATARIO ---------- DELEGANTE
(acreedor originario) (deudor originario)

«C»
DELEGADO
(tercero)

Así, «B», deudor originario o delegante, invita a «C», persona ajena a la relación obligacional o delegado, a tomar su lugar en beneficio de «A», delegatario o acreedor, quien va a ser el mismo en la relación jurídica antes y después de producido el cambio de deudor.

En la novación subjetiva por delegación, lo habitual es que la iniciativa en el cambio la tome el propio deudor de la relación obligatoria original. Como es evidente, sería ilógico que el deudor pudiera adoptar esa decisión sin el asentimiento del acreedor.

Dentro de tal orden de ideas, queda claro que la novación por delegación requiere no sólo el *animus novandi* del deudor de la obligación primitiva y del deudor de la nueva obligación, sino también la voluntad de novar del acreedor.

Permitir que se configure una novación de este tipo sin el asentimiento del acreedor, sería un verdadero contrasentido que destruiría el Derecho de Obligaciones y, como es evidente, eliminaría el comercio y, en general, la posibilidad de realizar transacciones. El Derecho no ampara que un deudor pueda, a su voluntad, extinguir su obligación sustituyéndola por otra y fuerce a su acreedor a que esa nueva obligación que reemplace la primera, tenga como deudor a un tercero a quien ni siquiera conoce el acreedor.

Si el deudor desea que un tercero lo reemplace y se cree una nueva obligación de la que él ya no fuese parte, tendrá que pedir el asentimiento del acreedor.

Lo anterior nos permite afirmar que la novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de delegación es también, entonces, una relación trilateral, pues requiere del consentimiento del delegante (deudor originario), del delegado (tercero) y del delegatario (acreedor).

La novación por cambio de deudor en la modalidad de expromisión, en cambio y como veremos a continuación, no requiere del asentimiento del deudor originario, sino sólo de la voluntad de novar del acreedor y del tercero. Por ello, el artículo 1282 del Código Civil prescribe que la novación por expromisión puede efectuarse aun contra la voluntad del deudor primitivo.

Adviértase que el asentimiento del deudor originario es la nota característica que permite diferenciar ambas modalidades novatorias. Así, cuando dicho deudor presta su asentimiento, se tratará necesariamente de un caso de novación por delegación y no por expromisión.

## 7. NOVACIÓN SUBJETIVA POR CAMBIO DE DEUDOR EN LA MODALIDAD DE EXPROMISIÓN

La expromisión es la segunda forma de novación subjetiva por cambio de deudor:

> Artículo 1282.- *«La novación por expromisión puede efectuarse aun contra la voluntad del deudor primitivo».*

La novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de expromisión es aquélla en virtud de la cual, tras un acuerdo novatorio entre el acreedor de la relación obligacional y un tercero ajeno a ella, este tercero se convierte en deudor de la nueva obligación (por lo general, con idéntico objeto que aquél que tenía la obligación extinguida); y que no es necesario consultar el parecer o la voluntad del deudor de la obligación que se extingue, pues ello no sólo sería irrelevante, sino podría configurar un caso de novación por delegación.[160]

---

160 Sin embargo, resulta de interés mencionar la posibilidad de que a la par que se produzca un supuesto de novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de expromisión, también las partes acuerden una novación objetiva, en cualquiera de sus modalidades.
Señalamos, por eso, que no debe descartarse la posibilidad de que opere simultáneamente una novación objetiva y una novación subjetiva, ya sea por expromisión, por delegación o por cambio de acreedor.
Tales supuestos no reciben en doctrina una denominación especial, así como tampoco los autores consultados se ocupan de ellos. Esto es explicable, en la medida en que situaciones de esa naturaleza resultarían singulares, vale decir, poco frecuentes en la práctica. De ahí que ni la doctrina ni la legislación contemplen expresamente el tema.
Es difícil asignar una denominación a esta forma novatoria. Tal vez pueda llamarse «novación mixta» o «novación combinada». Ello, sin embargo, sería indiferente. Lo

A entender nuestro, en esta clase de novación el acreedor debe recibir el nombre de acreedor expromitente, el deudor de la obligación original la denominación de deudor exprometido, y el tercero (deudor en la nueva obligación) la de tercero expromisario.

Cabe advertir que por iniciativa y acuerdo entre el acreedor y el tercero que sustituirá al deudor primitivo, la novación puede realizarse aun contra la voluntad del deudor primitivo.

Para entender cabalmente esta figura jurídica conviene revisar lo dispuesto en el artículo 1222 del Código Civil y, además, efectuar ciertos alcances respecto del pago.

Si bien el pago, como ya lo vimos, lo efectúa generalmente el deudor, es posible que alguien distinto a él también lo realice.

De este modo, el pago lo puede efectuar un tercero interesado o no en el cumplimiento de la obligación, con las consecuencias que analizamos al estudiar el artículo 1222 del Código Civil.

Las premisas son claras, ya que cualquiera puede extinguir una obligación por pago. Un tercero puede interferir en la relación obligatoria, extinguirla, y luego cobrarle al deudor todo aquello en cuanto le hubiese sido útil el pago.

Pues bien, para la novación subjetiva por expromisión también son aplicables esos principios y esquema.

Así como un tercero puede extinguir una obligación de la que no forma parte, pagándola sin autorización del deudor, el tercero también puede ponerse de acuerdo con el acreedor y extinguir una obligación, no pagándola, sino sustituyéndola por otra en la que ese tercero sea el deudor. Ante esto último estaremos en presencia de una novación subjetiva por expromisión.

El acreedor y un tercero pueden, entonces, convenir la novación de la obligación sin necesidad de solicitar la autorización del deudor.

Cabe preguntarse si, de configurarse esa novación, el tercero tendría algún derecho que exigir al deudor originario: ¿podría reclamarle algo al deudor originario pese a no haber realizado pago alguno?

---

relevante es que resultarían aplicables al caso, de manera concurrente, las disposiciones sobre novación subjetiva y objetiva que contiene la ley peruana.

No obstante que el tercero todavía no habría realizado el pago de la nueva obligación que sustituyó a la original, tendría el derecho a exigir al deudor todo lo que le hubiera resultado útil de la novación.

En la novación por expromisión, en efecto, la primera obligación no se extingue porque el acreedor haya visto su acreencia satisfecha, sino porque él y un tercero han convenido en extinguirla y sustituirla por otra en la que el deudor original ya no es uno de los sujetos de la relación obligatoria.

El Derecho, sin embargo, asume que ese deudor original ya no le debe nada al acreedor, y que ello es motivo suficiente para que el tercero tenga el derecho de exigir a tal deudor aquello que le haya sido útil a causa de la extinción de la obligación. Para el deudor original la novación tiene el mismo efecto que el pago realizado por un tercero, y por eso su obligación se extingue.

Aquí es nítido que el hecho de que se haya cambiado la prestación no afecta al deudor original. El tercero, nuevo deudor, tiene derecho a exigirle al antiguo deudor el cumplimiento de la prestación primigenia, mas no aquélla que la sustituyó.

Cabe advertir, por otro lado, que sí resulta posible novar una obligación ya prescrita, es decir, sustituir una obligación natural por una civil; en este caso, si la novación fuera por expromisión, el nuevo deudor nada podría reclamarle al deudor original por cuanto la novación no lo habría beneficiado.

## 8. LA NOVACIÓN MIXTA

Tras explicar en qué consiste tanto la novación objetiva como la subjetiva, cabe agregar que, como antes lo señalamos, también es posible que se configure algún caso de novación mixta, es decir, aquella que es a la vez objetiva y subjetiva.

## 9. INTRANSMISIBILIDAD DE LAS GARANTÍAS A LA NUEVA OBLIGACIÓN

El primer parágrafo del artículo 1283 del Código Civil Peruano de 1984 estatuye que en la novación, salvo pacto en contrario, no se transmiten a la nueva obligación las garantías de la obligación primitiva. Si

por la novación se extingue la obligación primigenia, parece coherente que dicha extinción determine la de sus accesorios, tal como lo predica la generalidad de la doctrina de nuestra tradición jurídica.

El texto del citado artículo 1283 es el siguiente:

> *Artículo 1283.- «En la novación no se trasmiten a la nueva obligación las garantías de la obligación extinguida, salvo pacto en contrario.*
>
> *Sin embargo, en la novación por delegación la obligación es exigible contra el deudor primitivo y sus garantes, en caso que la insolvencia del nuevo deudor hubiese sido anterior y pública, o conocida del deudor al delegar su deuda».*

A nuestro entender, el principio previsto por el primer párrafo del artículo 1283 del Código Civil resulta lógico como regla general. En ello, además, convienen la doctrina y legislación comparadas.

Sin embargo, es indispensable hacer referencia a diversas figuras jurídicas que, si bien ratifican la regla general expuesta, revelan que dicho principio no es absoluto.

Consideramos que más allá de lo normado por el citado precepto, precisa estudiarse cada una de las hipótesis posibles, combinando, para ello, las diversas clases de novación con los diferentes tipos de garantías y personas o partes que las hubieran concertado.

En tal sentido, el marco legal peruano prevé doce supuestos distintos, los mismos que pasamos a examinar.

### 9.1. Novación objetiva con garantía real otorgada por el propio deudor

Éste sería el caso en que el deudor hubiera otorgado, en seguridad del cumplimiento de la prestación debida, garantía real (hipoteca, prenda o anticresis) sobre un bien de su propiedad.

En esta hipótesis, la circunstancia de que las referidas garantías no se transfieran a la nueva obligación, tendría como primer fundamento la regla general del primer párrafo del artículo 1283.

Pero adicionalmente sería de aplicación el artículo 1122, inciso 1, del Código Civil, al ordenar que la hipoteca se acaba por extinguirse la obligación que garantiza, así como preceptos en el mismo sentido relativos a la prenda y anticresis.

Si bien es cierto que dentro de nuestro ordenamiento legal la extinción de las garantías tiene en este supuesto fundamento jurídico (incluso dentro del ámbito de los Derechos Reales), consideramos que habría una hipótesis en la cual dicha tesis carecería de lógica. Nos referimos a la novación objetiva que pudiera generarse con motivo de una reducción sustancial del monto de la prestación originalmente convenido, caso en el cual sería a todas luces injusta la extinción de la garantía real.

No obstante la solidez de este principio, el mismo no dejaría de ser una elaboración teórica, pues no podría primar contra la concepción general que acoge el primer párrafo del artículo 1283 del Código Civil.

### 9.2. Novación objetiva con garantía real otorgada por un tercero

La extinción de la garantía se justifica en este caso en virtud de similares consideraciones que las previstas en el acápite que antecede, y en virtud del principio *res inter alios acta*, consagrado por nuestra legislación civil en el artículo 1363 del Código Civil, norma según la cual los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan (celebran) y sus herederos, salvo en cuanto a éstos si se trata de derechos y obligaciones no transmisibles.

En lo relativo a la aplicación del principio general a este supuesto, no tendríamos observación alguna que formular.

### 9.3. Novación objetiva con garantía personal otorgada por un tercero

De producirse un caso de novación objetiva, la extinción de la garantía personal otorgada por un tercero tiene como fundamento legal la tesis prevista por el artículo 1283 y el principio *res inter alios acta* establecido por el numeral 1363, antes citado.

### 9.4. Novación subjetiva por cambio de acreedor con garantía real otorgada por el propio deudor

La extinción de la garantía, en el supuesto bajo análisis, halla su fundamento en lo prescrito por el artículo 1283 (principio general) y en el numeral 1122, inciso 1 (para el caso de la hipoteca), aunque el mismo principio es aplicable a los casos de prenda y anticresis.

Esta hipótesis novatoria, a decir verdad, es una en la cual pueden surgir las mayores dudas y cuestionamientos, en el sentido de que si,

más allá de los principios legales del Derecho de Obligaciones y de los Derechos Reales que la sustentan, la misma es razonable.

En la novación subjetiva por cambio de acreedor, el objeto (la prestación) sigue siendo exactamente el mismo, y ocurre lo propio en relación al deudor (obligado), quien permanece en tal condición en la nueva relación obligacional. Ésta era, sin duda, la razón por la cual el Código Civil de 1936 establecía en el artículo 1287, segunda parte, que tratándose de la novación por cambio de acreedor, las garantías de la obligación anterior se trasmitían al nuevo acreedor.

De otro lado, aquí no nos encontramos en presencia de garantía alguna que haya sido prestada por terceros, de modo tal que el acuerdo novatorio no lesiona el principio contenido en el artículo 1363 del Código Civil *(res inter alios acta)*.

De lo expuesto puede deducirse con claridad, que hubiese resultado aconsejable mantener la excepción establecida por el Código de 1936, preservando en la nueva obligación, en la que sólo cambia la persona del acreedor, la garantía real otorgada por el deudor.

Tal vez sea este precepto el que determina, para los casos en que el deudor no quiera trasladar las garantías reales a la nueva obligación, que el acreedor y el tercero que lo sustituye opten por la cesión de derechos, esto es, por cambiar a la persona del acreedor en la misma obligación, caso en el cual sí subsisten las garantías otorgadas por el deudor.

### 9.5. Novación subjetiva por cambio de acreedor con garantía real otorgada por un tercero

La intrasmisibilidad de las garantías de la obligación originaria a la nueva tiene como razón, en el supuesto bajo análisis, lo previsto por el principio general del artículo 1283 y lo prescrito por el numeral 1363, que recoge el principio *res inter alios acta*.

### 9.6. Novación subjetiva por cambio de acreedor con garantía personal otorgada por un tercero

Los fundamentos en este caso son los mismos que los anotados como sustento del acápite que antecede.

### 9.7. Novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de delegación, con garantía real otorgada por el propio deudor

Esta hipótesis encuentra su fundamento en el principio general del primer párrafo del artículo 1283, así como en el numeral antes citado, esto es, en el artículo 1122, inciso 1, del Código Civil, y en el principio consignado por el artículo 1363, en el sentido de que los contratos sólo producen efectos entre las partes que los celebran y sus herederos. Por lo demás, podría afirmarse que en este supuesto el nuevo deudor es una especie de «tercero» en relación con el deudor originario (ex-deudor).

Sin embargo, precisa recordarse que en el segundo párrafo del artículo 1283 se establece que, en la novación por delegación, la obligación es exigible contra el deudor primitivo y sus garantes, en caso de que la insolvencia del nuevo deudor hubiese sido anterior y pública, o conocida del deudor al delegar su deuda.

### 9.8. Novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de delegación, con garantía real otorgada por un tercero

La intransmisibilidad de las garantías a la nueva obligación, tiene como fundamento —en el supuesto bajo comentario— el precepto general establecido por el artículo 1283 del Código Civil y la disposición del numeral 1122, inciso 1, del Código Civil, así como al principio *res inter alios acta* contenido en el artículo 1363 del propio Código.

### 9.9. Novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de delegación, con garantía personal otorgada por un tercero

Este supuesto tiene sustento en la regla general del artículo 1283 y, además, en el principio contenido en el numeral 1363 del Código Civil.

### 9.10. Novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de expromisión, con garantía real otorgada por el propio deudor

La intrasmisibilidad de las garantías a la nueva obligación tiene su fundamento en el principio general del primer párrafo del artículo 1283 del Código Civil y en el ya citado numeral 1122, inciso 1, del mismo Código.

Por otra parte, el principio *res inter alios acta* del artículo 1363 del Código Civil resulta aplicable, por excelencia, al caso analizado, ya que

incluso la novación podría haber operado en contra de la voluntad expresa del deudor. Recuérdese que en la novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de expromisión, el acreedor prescinde de la voluntad del deudor, bastando para que ella se produzca el acuerdo entre el acreedor y un tercero que desee ocupar el lugar del deudor.

### 9.11. Novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de expromisión, con garantía real otorgada por un tercero

Los argumentos que sustentan este supuesto novatorio, en relación con la extinción de las garantías, son los mismos que anotamos en el acápite que antecede, con el fundamento adicional de que no sólo se está prescindiendo de la voluntad del propio deudor, sino de los terceros que han otorgado garantía real, tesis que hace aplicable con mayor vigor el principio *res inter alios acta*.

### 9.12. Novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de expromisión, con garantía personal otorgada por un tercero

El sustento de la intrasmisibilidad de las garantías, en el caso que nos ocupa, está dado por el principio general del primer párrafo del artículo 1283, así como por lo dispuesto en el numeral 1363, antes comentado.

Ahora bien, de acuerdo con lo establecido por la parte final del primer párrafo del artículo 1283, el principio general de que en la novación no se transmiten a la nueva obligación las garantías de la obligación extinguida, admite pacto en contrario.

Cabe observar que el Código Civil Peruano guarda silencio, en el precepto que estamos comentando, respecto al modo en que debe formularse el pacto en contrario.

Nosotros pensamos que dicho pacto, dada la importancia de su contenido y singularmente lo dispuesto por el artículo 141 del Código Civil, debe constar en forma expresa.

En efecto, si bien el precepto citado admite la manifestación de voluntad expresa o tácita, él señala que esta última forma se descarta cuando la ley exige declaración expresa o cuando el agente formula reserva o declaración en contrario, supuesto este último que es el previsto por el artículo 1283 del Código Civil.

Por último, se advierte que de acuerdo con el segundo párrafo del artículo 1283 del Código Civil, en la novación por delegación la obligación es exigible contra el deudor primitivo y sus garantes, en caso de que la insolvencia del nuevo deudor hubiese sido anterior y pública, o conocida por el deudor al delegar su deuda.

Como se desprende de dicha norma, ella establece dos supuestos en los cuales el deudor primitivo y sus garantes responden del cumplimiento de la obligación novada. Se trata, en el primer caso, de una novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de delegación, en que la insolvencia del nuevo deudor (el deudor sustituyente) hubiese sido anterior y de conocimiento público al efectuarse la delegación; o, en el segundo caso, que dicha insolvencia hubiese sido conocida por el deudor sustituido con anterioridad o coetáneamente al tiempo en que delegó su deuda.

El supuesto previsto por el Código con las palabras «anterior y pública» corresponde a que el acreedor habría incurrido en error; y el supuesto de la expresión «conocida del deudor», significaría que éste procedió dolosamente. En suma, aquí se sancionan el error y el dolo.

## 10. NOVACIÓN DE OBLIGACIÓN SIMPLE POR OTRA CON CONDICIÓN SUSPENSIVA

Según el artículo 1284 del Código Civil Peruano, cuando una obligación pura y simple se sustituye por otra sujeta a condición suspensiva, se configura un supuesto de novación objetiva. No obstante, el efecto extintivo-creador de obligaciones de dicha novación no se verifica en tanto la condición no se cumpla, ya que esta última afecta también a la novación.

El texto del citado artículo 1284 es el siguiente:

> *Artículo 1284.- «Cuando una obligación pura se convierte en otra sujeta a condición suspensiva, sólo habrá novación si se cumple la condición, salvo pacto en contrario.*
>
> *Las mismas reglas se aplican si la antigua obligación estuviera sujeta a condición suspensiva y la nueva fuera pura».*

Esta norma contempla varios supuestos:

### 10.1. Novación de una obligación pura por otra sujeta a condición suspensiva

Debe recordarse que la condición supone un acontecimiento futuro, incierto y extraño a la esencia del acto jurídico, que, incorporado a éste, por acuerdo de partes, impide o resuelve su eficacia hasta su cumplimiento. La condición se perfila así como un elemento accidental, que obsta la eficacia de un acto jurídico.

De acuerdo con el artículo 1284, sólo habrá novación si se cumple la condición suspensiva a que se halla sujeta la nueva obligación.

A nuestro modo de ver, en este caso la novación es incierta en su eficacia, mas no en su existencia.

Como sabemos, uno de los requisitos de la novación es la creación de una nueva obligación que sustituye a otra preexistente. Cuando la nueva obligación se sujeta a una condición suspensiva, dicha exigencia es satisfecha. No obstante, la ley civil peruana considera que si bien existe otra obligación, resulta razonable y equitativo que la novación opere sólo si la condición se cumple, esto es, si la nueva obligación es exigible, porque antes de tal cumplimiento ella es ineficaz.

Así las cosas, es claro que si la condición se verifica, la novación origina efectos.

En atención a las normas que rigen la condición, precisa aclararse que, una vez cumplida ésta, la novación no surte efectos de manera retroactiva, esto es a la fecha de su celebración. Ello, sin embargo, podría ocurrir si los contratantes prevén una disposición contraria a la regla consignada en el artículo 177 del Código Civil.

De lo expuesto se infiere que la novación genera efectos desde la fecha en que se cumple la condición.

Por otro lado, debemos señalar que el artículo 1284 no es una norma imperativa que regule principios o valores de orden público. Por esta razón, el propio texto del precepto reconoce poder normativo a la voluntad privada, permitiendo el pacto en contrario.

La doctrina considera a este acuerdo novatorio como un contrato aleatorio, toda vez que se cambia algo cierto por algo incierto e hipotético.

Por lo demás, adicionalmente al supuesto previsto por el artículo 1284 del Código Civil, que señala claramente que la sustitución de una

obligación pura por otra sujeta a condición suspensiva, sólo genera efectos novatorios si se cumple la condición, existen otros casos, que seguidamente citamos, en que la nueva obligación tampoco produce tales efectos.

### *10.1.1. Cuando la condición suspensiva es ilícita*

Si un acreedor conviene con su deudor en novar la obligación pendiente de pago por otra, a condición, por ejemplo, de que este último secuestre a un tercero, aun cuando se verifique la condición no habrá novación.

### *10.1.2. Cuando la condición suspensiva es física o jurídicamente imposible*

La condición presenta imposibilidad física cuando las leyes de la naturaleza impiden cumplirla. Ello ocurriría, por ejemplo, si Pedro conviene con Luis en novar su deuda por otra distinta, a condición de que se produzca una tormenta de nieve en la ciudad de Lima.

De otro lado, la condición revestirá imposibilidad jurídica cuando, siendo físicamente posible, el medio empleado no es el previsto por el ordenamiento jurídico para obtener el fin que se desea. Si «A», por ejemplo, conviene con «B» en novar su deuda por otra, a condición de que «B» acepte en darse por adoptado en ese mismo instante.

Recuérdese que la imposibilidad puede ser total o parcial, sobreviniente o transitoria, objetiva o subjetiva, y que, en consecuencia, deberá analizarse en cada caso en particular.

### *10.1.3. Cuando la condición, a pesar de verificarse, no se considera cumplida*

Si la condición se hubiera verificado por la mala fe de quien se beneficia con su cumplimiento, aquélla se tendría por no cumplida, de suerte que si éste fuere el caso no habría novación.

### *10.1.4. Cuando la condición es potestativa*

Según criterio generalizado en la legislación y doctrina, la condición potestativa determina la nulidad del acto cuando el cumplimiento de la condición depende de la persona a quien éste favorece.

En consecuencia, el acuerdo novatorio sería nulo si el acaecimiento de la condición a que se sujetó la nueva obligación depende únicamente de la voluntad del deudor.

En este sentido, el artículo 172 del Código Civil establece que es nulo el acto jurídico cuyos efectos están subordinados a condición suspensiva que dependa de la exclusiva voluntad del deudor.

#### *10.1.5. Cuando la condición se cumple sólo en parte, salvo pacto en contrario*

Este supuesto se fundamenta en el artículo 174, segundo párrafo, del Código Civil.

### 10.2. Novación de una obligación sujeta a condición suspensiva por otra pura y simple

Se trata de otro supuesto contemplado por el artículo 1284 del Código Civil Peruano.

Cuando analizamos los requisitos de la novación señalamos como uno de ellos a la preexistencia de una obligación válida. Esta exigencia se cumple aun si la obligación primigenia que se pretende novar se halla sujeta a una condición suspensiva. Por ello, la doctrina admite que puede novarse válidamente una obligación condicional por otra pura y simple.

Sin embargo, el segundo parágrafo del artículo 1284 del Código Civil Peruano dispone que si la antigua obligación estuviera sujeta a condición suspensiva y la nueva fuera pura, sólo operaría novación si se cumple la condición suspensiva, solución con la que —ya lo hemos dicho— discrepamos.

## 11. NOVACIÓN DE OBLIGACIÓN CON CONDICIÓN RESOLUTORIA

Los casos de novación de obligaciones sujetas a condición resolutoria se rigen por el artículo 1285 del Código Civil Peruano:

> *Artículo 1285.- «Cuando una obligación pura se convierte en otra sujeta a condición resolutoria, opera la novación, salvo pacto en contrario.*

*Las mismas reglas se aplican si la antigua obligación estuviera sujeta a condición resolutoria y la nueva fuera pura».*

Los supuestos son los siguientes:

### 11.1. Novación de obligación pura por otra sujeta a condición resolutoria

La sustitución de una obligación pura y simple por otra sujeta a condición resolutoria produce consecuencias novatorias, salvo estipulación distinta de los contratantes.

Una obligación sujeta a condición resolutoria tiene eficacia; es decir, constituye un derecho cierto. De allí el sentido de la norma a que nos estamos refiriendo.

La condición resolutoria no obsta, en principio, para la eficacia del acto jurídico sujeto a ella. Sólo su acaecimiento determina el cese de eficacia del acto.

Ahora bien, en virtud de lo establecido por el artículo 1285 del Código Civil, la novación opera a la fecha de su celebración y no a la fecha en que se cumple la condición.

En tal sentido, cabe preguntarnos qué efectos produce el acaecimiento de la condición resolutoria sobre dicha novación.

Cuando los contratantes no prevén pacto en contrario a lo contemplado por los artículos 177 y 1285 del Código Civil, la condición no tiene eficacia retroactiva y, por tanto, su acaecimiento no modifica la situación jurídica anterior. Vale decir, el cumplimiento de la condición no afecta la novación estipulada.

Cuando los contratantes prevén una disposición contraria a lo estipulado por los artículos 177 y 1285 del Código Civil, la condición tendría eficacia retroactiva y, en consecuencia, su acaecimiento resolvería los efectos que venía produciendo la novación.

Sería el caso, por ejemplo, en que acreedor y deudor acordaran novar la deuda por otra, a condición de que aquél (el acreedor) permanezca en el cargo de gerente de una sociedad anónima; estipulando, asimismo, la eficacia retroactiva de dicha condición. Si la condición se verifica, la novación se resuelve.

### 11.2. Novación de obligación sujeta a condición resolutoria por otra pura y simple

Cuando se sustituye una obligación sujeta a condición resolutoria por otra pura y simple, opera la novación, salvo pacto en contrario.

En este supuesto se aplican iguales reglas a las expuestas, según lo previsto por el segundo parágrafo del artículo 1285.

Finalmente, debemos señalar que la sustitución de una obligación pura y simple por otra sujeta a condición resolutoria, o a la inversa, no produce consecuencias novatorias en los casos siguientes:

- Cuando la condición resolutoria es ilícita (artículo 171, segundo párrafo, del Código Civil).

- Cuando la condición resolutoria es física o jurídicamente imposible (artículo 171, segundo párrafo, del Código Civil).

- Cuando la condición resolutoria, a pesar de verificarse, no se considera cumplida (artículo 176 del Código Civil).

- Cuando la condición resolutoria se cumple sólo en parte, salvo pacto en contrario (artículo 174, segundo párrafo, del Código Civil).

## 12. NOVACIÓN DE OBLIGACIÓN NULA O ANULABLE

El artículo 1286 del Código Civil Peruano de 1984 se ocupa de la nulidad y anulabilidad de la obligación primitiva en la novación. Su texto es el siguiente:

> *Artículo 1286.- «Si la obligación primitiva fuera nula, no existe novación.*
>
> *Si la obligación primitiva fuera anulable, la novación tiene validez si el deudor, conociendo del vicio, asume la nueva obligación».*

Concordamos plenamente con la solución que otorga la citada norma al supuesto en que la obligación primitiva fuese nula, ya que la nulidad equivale a que ella nunca surgió para el Derecho y a la imposibilidad de origen de que surtiera efecto alguno; en suma, a su invalidez plena de origen. En tal sentido, una obligación nula, vale decir, que nunca ha surgido para el Derecho, no podría ser variada por otra nueva que la sustituya. La obligación nueva, de crearse, no tendría como finalidad sustituir a la anterior, por la sencilla razón de que no habría nada que sustituir.

Sin embargo, el lector debe reparar en que el supuesto del primer párrafo del artículo 1286, cuando en él se establece que no existe novación, se refiere a la hipótesis de que las partes hayan querido sustituir la obligación primitiva por una nueva, vale decir, que en el actuar de las mismas haya habido *animus novandi*.

Distinto sería el caso en que las mismas partes que crearon la obligación primigenia (que era nula) se pusieran de acuerdo para crear una nueva obligación, sin ánimo de sustituir a la anterior. En este supuesto, es obvio que no habría novación. Sólo se crearía una nueva obligación, allí donde no había obligación alguna. En tal hipótesis no ocurre que las partes hubieran deseado cambiar algo por nada; simplemente estarían dando nacimiento a una nueva relación jurídica que no tendría por función sustituir a alguna otra, sino sólo obligar a las partes entre sí.

Sin embargo, no toda la doctrina consultada es del mismo parecer, pues hay autores que consideran que cabría la posibilidad de novar una obligación nula. Nosotros, como ya lo señalamos, discrepamos rotundamente de esta solución.

De otro lado, el Código Civil establece, en el segundo párrafo del artículo 1286, que si la obligación primitiva fuera anulable, la novación tiene validez si el deudor, conociendo del vicio, asume la nueva obligación.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que una obligación anulable no es nula, sino válida; y que sólo sería nula en el supuesto en que se recurriera a los tribunales para tal efecto y se anulara, es decir, se declarara nula, declaración que de acuerdo a lo establecido por el artículo 222 del Código Civil Peruano, se retrotrae al momento de su celebración, lo que equivale a considerar que siempre fue nula.

Pero no olvidemos que el acto anulable, en tanto no suceda alguna de las vicisitudes anotadas, es un acto válido. Como lo califica la doctrina, puede ser considerado un acto de validez actual y de invalidez pendiente, pudiendo darse el caso de que jamás se anule, con lo que siempre conservaría su validez.

Ello ocurriría si el acto nunca se llegara a anular dentro del plazo prescriptorio de dicha acción, el mismo que es de dos años, de acuerdo con lo establecido por el inciso 4 del artículo 2001 del Código Civil Peruano; o si planteada la acción de cumplimiento, el demandado no

deduce la excepción de prescripción; o, por último, si más bien el acto se confirma por el agente que incurrió en la causal de anulabilidad.

En estos casos dicho acto sería tan válido como cualquier otro, razón por la cual, si se produjese la novación de una de las obligaciones surgidas del mismo, ésta tendría validez plena.

Ahora bien, el Código Civil establece en su artículo 1286, que dicha validez dependerá de si el deudor, conociendo del vicio, asume la nueva obligación.

Consideramos, sin embargo, que si el deudor no conociera la existencia del vicio, si bien en principio no tendría validez la novación, debería considerarse a dicha nueva obligación como válida, si es que ya hubiera vencido el plazo prescriptorio de la acción de anulabilidad del acto jurídico, a la que hemos hecho referencia.

Sobre este tema, estimamos que no existen mayores problemas conceptuales, ya que —se trate de uno u otro supuesto— habrá que ceñirse a lo establecido por el segundo párrafo del artículo 1286 del Código Civil.

Por lo demás, nada impediría que se produjese una novación subjetiva, ya sea por cambio de acreedor o por cambio de deudor (en cualquiera de sus dos modalidades), con las reservas que impondrían las circunstancias de que quien entra a formar parte de esa nueva obligación conozca o no la causal que podría originar la anulación del acto.

Por último, consideramos que el eventual carácter aleatorio de la novación de una obligación anulable, dependerá de si se trata de una novación objetiva o subjetiva.

En el caso de la novación objetiva, al ser las mismas partes las que han creado la obligación primigenia y han recurrido a novarla, se produciría un supuesto de confirmación del acto anulable, razón por la cual el acto novatorio no tendría rasgos de aleatoriedad.

Distinto sería el caso de una novación subjetiva por cambio de acreedor o de deudor, en la medida en que la parte de la obligación originaria que tenía derecho a anular el acto no participe de la creación de la nueva obligación. Este supuesto no podría presentarse en el caso de la novación subjetiva por cambio de acreedor, ya que en ella se requiere, además del acuerdo entre el acreedor que se sustituye y el sustituido, el asentimiento del deudor (argumento del artículo 1280 del

Código Civil); así como tampoco en la novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de delegación, la misma que exige, además del acuerdo entre el deudor que se sustituye y el sustituido, el asentimiento del acreedor (argumento del artículo 1282).

En cambio, sí se podría presentar en el supuesto de la novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de expromisión, la misma que, como sabemos, puede efectuarse no sólo con desconocimiento del deudor primitivo (argumento del artículo 1282 del Código Civil), sino también contra su voluntad.

## 13. NULIDAD O ANULACIÓN DE LA NUEVA OBLIGACIÓN. CONSECUENCIAS

El artículo 1287 contempla la posibilidad de que la obligación primitiva «reviva»:

> *Artículo 1287.- «Si la nueva obligación se declara nula o es anulada, la primitiva obligación revive, pero el acreedor no podrá valerse de las garantías prestadas por terceros».*

El supuesto del artículo 1287 del Código Civil es que la obligación originaria fuese válida y que se le novara por una obligación que adoleciera de vicio de nulidad absoluta. En tal caso, siguiendo con el razonamiento que aducimos al referirnos al artículo 1286 del Código Civil, diríamos que se pretendería cambiar algo por nada, razón por la cual se entiende que no se habría producido novación alguna.

Sin embargo, no es, como señala el Código, que la obligación primigenia «reviva», sino que más bien «nunca murió», ya que la segunda obligación, al ser nula, no fue capaz de «matarla» y de operar una novación, razón por la cual el empleo del término «revive» podría prestarse a confusiones.

Consideramos necesario precisar que la palabra «revive» empleada por el Código Civil es una de uso común, mas no técnico, razón por la cual sugeriríamos usar la expresión «seguirá surtiendo sus efectos», pues de ello se trata justamente el problema.

Si la segunda obligación fuese anulable, sí habría operado novación, ya que la obligación anulable no es nula, sino actualmente válida y sólo sufre de una invalidez pendiente. Lo que ocurre —y ahí apunta el

precepto bajo comentario — es que dicha segunda obligación, anulable, sea declarada nula. Ante tal supuesto, al ya no existir para el Derecho ninguna segunda obligación, es que la ley determina que la primigenia obligación «revive». En este caso, sí estaría bien empleado el término «revive» (aunque no es una expresión propia del Derecho de Obligaciones), ya que al ser inicialmente válida, la obligación anulable en un momento «mató» a la obligación primigenia, la que «revivirá» si es que la segunda obligación es anulada judicialmente.

Para concluir, debemos señalar que el artículo 1287 del Código Peruano agrega, en su parte final, que a pesar de que «reviva» la obligación primigenia, el acreedor no podría valerse de las garantías prestadas por terceros. De esto último se infiere que el acreedor sí podría valerse de las garantías otorgadas por el propio deudor.

En consecuencia, una vez producida la novación, el tercero ex-garante se desentendería de la nueva obligación (la que no está garantizando), pues resultaría injusto que dicho tercero estuviera permanentemente sometido a lo que ocurra en el futuro con la nueva obligación (por ejemplo, que se declare nula), como también resultaría injusto que, si la anterior obligación recobrara sus efectos, porque la nueva se anula, se obligue al ex-garante a continuar garantizando dicha obligación. El Derecho entiende que su relación con el deudor terminó al producirse la novación, aunque después la nueva obligación se declare nula o sea anulada, ya que en ella no intervino el garante.

## 14. EFECTOS

En adelante, vamos a referirnos a los efectos de la novación, los mismos que, en opinión nuestra, serían los siguientes en cualquiera de sus formas: objetiva o real (por cambio de objeto o de causa-fuente de la obligación) o subjetiva o personal (por cambio de acreedor o deudor):

### 14.1. Sobre la extinción de la obligación originaria y la creación de una nueva

La novación es una operación única de doble efecto, a saber: un efecto extintivo y otro creador de obligaciones.

La creación de la nueva obligación tiene por finalidad la extinción de una anterior y viceversa. Por ello, la novación supone la extinción de

una obligación por la creación de otra y la creación de una obligación para la extinción de otra preexistente.

Sobre la base de estas consideraciones, podría pensarse que la extinción de la obligación primigenia es causa-fuente de la creación de la nueva obligación. Sin embargo, el nacimiento de la nueva deuda tiene como origen el acuerdo novatorio.

El efecto extintivo y creador de obligaciones de la novación no se verifica, sin embargo, en los siguientes casos ya examinados por nosotros:

- Cuando la obligación original se nova por otra sujeta a condición suspensiva y dicho acontecimiento no se produce. Éste es el supuesto al que alude el parágrafo primero del artículo 1284 del Código Civil.

- Cuando la obligación primitiva fuese nula, en cuyo caso no opera la novación. Es la hipótesis prevista en el parágrafo primero del artículo 1286 del Código Civil.

- Cuando la obligación fuese anulable y el deudor, desconociendo el vicio, asume la obligación (*contrario sensu* del segundo párrafo del artículo 1286 del Código Civil).

- Cuando la obligación primigenia se declarase nula o fuese anulada. Éste es el supuesto previsto en el artículo 1287 del Código Civil.

Precisa observarse, como lo expresamos en su oportunidad, que en el caso de una novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de delegación, cuando la insolvencia del nuevo deudor fuese anterior y pública al acuerdo novatorio, o conocida por el deudor al delegar su deuda (supuestos del segundo parágrafo del artículo 1283 del Código Civil), la obligación también sería exigible contra el deudor primitivo y sus garantes.

Por otra parte, cabe señalar que aun existiendo pluralidad de sujetos en la obligación primigenia, la novación origina iguales consecuencias, esto es, la extinción del primer vínculo jurídico y la creación de otro.

No obstante, tratándose de obligaciones indivisibles y solidarias es menester efectuar algunas precisiones.

Si la obligación es indivisible y el deudor común conviene con uno de los coacreedores en novar dicha obligación, ésta se extingue sólo para el acreedor que participó en el acuerdo novatorio. Esto es,

el vínculo jurídico no se extingue respecto de los demás coacreedores (artículo 1179 del Código Civil).

Sin embargo, para que los demás coacreedores puedan exigir al deudor el cumplimiento de la prestación original, deberán primero reembolsar al deudor el valor de la parte de la prestación correspondiente al acreedor que novó, o garantizar dicho reembolso. De este modo, el deudor que novó parte de la obligación indivisible, no asumirá un doble pago.

Si la obligación es indivisible y el acreedor común conviene con uno de los codeudores en novar dicha obligación, ésta se extingue respecto a los demás codeudores. Sin embargo, en las relaciones entre el deudor que practicó tal acto y sus codeudores, éstos responden, a su elección, por su parte en la obligación primitiva o por la proporción que les habría correspondido en la nueva obligación. Ello, porque la norma prevista en el artículo 1188 del Código Civil resulta aplicable a este supuesto. Así lo establece el artículo 1181 del Código Civil.

Los efectos de la novación de una obligación solidaria —según se trate de un supuesto de solidaridad activa o pasiva—, así como las relaciones internas entre quien novó la obligación y sus coacreedores o codeudores, según el caso, se rigen por sus propios principios, los mismos que pasamos a detallar.

En un supuesto de solidaridad activa, es claro que si el deudor y uno de los coacreedores convienen en novar la totalidad de la obligación solidaria, ésta se extingue respecto de los demás coacreedores.

Pero, según lo prescrito por el artículo 1190 del Código Civil, en las relaciones internas el acreedor que novó la obligación responde ante los demás ex-coacreedores por la parte que correspondía a cada uno de ellos en la obligación primigenia. Adviértase que el íntegro del crédito no sólo pertenecía a quien novó la obligación, de allí que los demás coacreedores puedan repetir contra este último.

Este principio se exceptúa, sin embargo, cuando la obligación primitiva se hubiese contraído en interés exclusivo del acreedor que participó en el acuerdo novatorio. En este caso, dicho acreedor no responde frente a sus ex-coacreedores.

Ahora bien, precisa anotarse que si la novación se hubiese limitado a la parte que correspondía al acreedor que participó en el

acuerdo novatorio, la obligación sólo se extingue respecto a dicha parte, de suerte tal que el deudor queda liberado únicamente en cuanto a esa parte y continúa obligado frente a los demás coacreedores por la diferencia. Así lo establece el segundo parágrafo del artículo 1190 del Código Civil.

En lo que respecta al supuesto de solidaridad pasiva, conforme a lo dispuesto por el artículo 1188 del Código Civil, el acuerdo novatorio celebrado entre el acreedor común y uno de los deudores sobre la totalidad de la obligación solidaria, libera a los demás codeudores y sólo obliga al cumplimiento de la nueva obligación al deudor que novó la deuda primigenia.

En las relaciones internas, sin embargo, los ex-codeudores pueden elegir entre cumplir con el deudor que novó por la parte a la que se habían obligado originalmente o por la proporción que les correspondería en la nueva obligación. Ello, en virtud a lo prescrito por el inciso primero del artículo 1188 del Código Civil.

No obstante, si la novación se hubiera limitado a la parte que correspondía a uno de los deudores, la obligación se extingue sólo en cuanto a dicha parte, de modo que los otros codeudores continúan obligados respecto a la parte restante de la obligación original. Así lo establece el artículo 1189 del citado cuerpo legal.

### 14.2. Sobre el destino de las garantías de la obligación novada

Si la novación determina la extinción de la obligación primigenia, es evidente que las garantías reales o personales que aseguraban su cumplimiento corren igual suerte.

Tal cual lo hemos anotado, la ley civil peruana legisla sobre la intrasmisibilidad de las garantías a la nueva obligación en el artículo 1283. Esta regla, sin embargo, podría admitir ciertas excepciones, a saber:

- Tratándose de una novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de delegación, cuando la eventual insolvencia del nuevo deudor hubiese sido anterior y pública, o conocida del deudor al delegar su deuda (argumento del parágrafo segundo del artículo 1283 del Código Civil).

- Cuando se trate de una novación subjetiva por cambio de acreedor con garantía real prestada por el propio deudor.

- Cuando se trate de una novación objetiva con garantía real prestada por el propio deudor (supuesto discutible, que podría constituir excepción en algunos casos).

- Cuando los contratantes pactan conservar en la nueva obligación las garantías de la obligación novada (parágrafo primero del artículo 1283 del Código Civil).

- En los casos de novación legal, sea que opere de pleno derecho o en virtud de una resolución judicial.

Desde luego que el principio según el cual la novación extingue la obligación principal con sus accesorios y las obligaciones accesorias, es susceptible de modificarse mediante pacto expreso.

Precisa indicarse, en adición, que si bien la ley faculta a las partes a conservar las garantías de la obligación primigenia para la nueva —cuando así lo hubiesen pactado—, dicha estipulación sólo resultaría posible en dos supuestos:

- Cuando el garante es el propio deudor y no un tercero.

- Cuando las garantías han sido prestadas por un tercero y éste asiente en asegurar el cumplimiento de la nueva obligación.

### 14.3. Sobre los accesorios de la obligación novada

En general, la doctrina coincide al sostener que el efecto extintivo de la novación es comparable al del pago. La obligación novada desaparece con todos sus accesorios.

### 14.4. Sobre las obligaciones de saneamiento

Si las partes acordasen novar el objeto de la obligación primigenia por otro y éste tuviera vicios ocultos o se perdiese por evicción, cabría preguntarse qué derechos asisten al acreedor.

Por entrañar la novación un contrato extintivo de obligaciones, es claro que el acreedor ya no podría exigir el cumplimiento de la obligación original. Sin embargo, siendo la novación un contrato al que son aplicables las normas referentes al saneamiento, sin lugar a dudas asistirá al acreedor el derecho a ser indemnizado por los vicios ocultos que el nuevo bien presentase al momento de la transferencia o por evicción.

Si el crédito anterior se ha extinguido definitivamente por novación, es evidente que las relaciones entre deudor y acreedor se determinan por la nueva deuda. Esto es, si *Primus* debe a *Secundus* una tonelada de arroz y ambos acuerdan novar la deuda sustituyendo su objeto por una tonelada de azúcar, las cuestiones relativas al saneamiento sólo recaerían sobre el nuevo objeto de la obligación y no sobre el primero.

### 14.5. Sobre la teoría del riesgo

Luego de haberse pactado la novación, los alcances del artículo 1138 del Código Civil —que recoge la teoría del riesgo— sólo serían aplicables, sin duda, ante la eventual pérdida del bien objeto de la nueva obligación hasta antes de su entrega.

Adviértase que si se ha producido la novación, la pérdida del bien objeto de la primera deuda (ya extinguida) no afectaría a la nueva relación obligatoria creada por novación.

Por lo demás, remitimos al lector a los comentarios efectuados por nosotros al analizar el artículo 1138 del Código Civil.

### 14.6. Sobre el reconocimiento de las obligaciones

Si luego de haberse celebrado un acuerdo novatorio, se presentara un supuesto de eventual reconocimiento de una obligación, dicho reconocimiento sólo podría recaer sobre la nueva deuda y no sobre la primigenia ya extinguida.

Aquí también remitimos al lector a los comentarios anotados al analizar el artículo 1205 del Código Civil.

### 14.7. Sobre la cesión de derechos

En lo relativo a la transmisión de las obligaciones mediante cesión de derechos, precisa hacer hincapié que luego de producida una novación —en cualquiera de sus formas—, el acreedor sólo podría ceder a un tercero cesionario su derecho de crédito sobre la nueva obligación.

Remitimos al lector, asimismo, a nuestros comentarios sobre los artículos 1206 y siguientes del Código Civil.

### 14.8. Sobre los efectos generales de las obligaciones

Es claro que luego de haberse pactado la novación, los alcances de los artículos 1218 y 1219 del Código Civil, resultarían aplicables a la nueva relación obligatoria y no a la anterior.

### 14.9. Sobre el pago y sus diversas formas

Si el crédito original se extingue definitivamente por novación, la única obligación exigible es la nueva deuda resultante del acuerdo novatorio. Por esta razón, todas las disposiciones generales del pago y aquellas especiales que rigen el pago de intereses, el pago por consignación, la imputación del pago, el pago con subrogación y el pago indebido, son aplicables a la nueva relación obligatoria creada por novación.

Ver, sobre la materia, los comentarios que efectuamos en relación a los artículos 1220 y siguientes del Código Civil.

### 14.10. Sobre otros medios extintivos de obligaciones

Si luego de producida la novación, acreedor y deudor quisieran recurrir a un medio extintivo de obligaciones distinto al pago, bien podrían compensar, condonar, transigir o convenir mediante mutuo disenso la extinción de la deuda. Tales actos, sin embargo, siempre deberán referirse a la nueva obligación surgida del acuerdo novatorio.

En lo relativo a la consolidación, precisa señalarse que si se hubiese producido un acuerdo novatorio y el cumplimiento de la nueva obligación subsistiera, la consolidación operaría si se confundieran en la persona del deudor o del acreedor de la nueva obligación (nacida de dicho acuerdo) las calidades contradictorias de acreedor o de deudor, respectivamente.

Por otra parte, y en lo referente a la dación en pago, anotaremos que, aun considerando que al celebrarse una dación en pago se está concertando, en rigor, una novación objetiva, las partes que hubiesen novado la obligación podrían luego celebrar un nuevo acuerdo novatorio o de dación en pago (lo que en buena cuenta significa lo mismo), para sustituir el objeto de la nueva obligación por otro, o para sustituir al acreedor o al deudor.

## 15. NOVACIÓN LEGAL

Como bien sabemos, las obligaciones pueden nacer de la voluntad o de la ley, existiendo, en este último caso, numerosos preceptos que generan relaciones obligacionales al margen de la voluntad y que incorporan, sin duda, casos de novación legal que operan de pleno derecho o en virtud de resolución judicial.

No obstante estos principios incontrovertibles, la doctrina omite tratar la novación legal, sea de pleno derecho o a mérito de una declaración judicial. En tal sentido, no existe sustento que permita confrontar opiniones.

Tal vez lo que determina ese silencio sea la ausencia, en estos casos, del *animus novandi*, considerado como uno de los requisitos de toda novación, bajo la premisa de que esa exigencia es privativa de la voluntad de los intervinientes.

La presencia del *animus novandi*, sin embargo, no se desprende del artículo 1277 del Código Civil Peruano, norma que se limita a señalar que por la novación se sustituye una obligación por otra; y que para que exista novación es preciso que la voluntad de novar se manifieste indubitablemente en la nueva obligación, o que la existencia de la anterior sea incompatible con la nueva.

Dentro de tal orden de ideas, estimamos necesario señalar que si bien es cierto que la mayoría de efectos de la novación voluntaria se generan por igual en la novación legal —ya opere ésta de pleno derecho o en virtud de resolución judicial—, uno de ellos no se produce. Se trata de la extinción de las garantías correspondientes a la obligación original, lo que equivale a decir que, contrariamente a lo dispuesto por el artículo 1283 del Código Civil, en la novación legal sí se trasmiten a la nueva obligación las garantías de la obligación extinguida.

Si se aplicara ciegamente el citado artículo 1283 a los casos de novación legal, ello podría generar graves perjuicios al acreedor, que vería extinguidas las garantías que cautelaban sus derechos, sin su asentimiento para que operara tal extinción.

Sostenemos esta tesis porque con frecuencia la novación legal opera al margen de la voluntad de las partes, y extinguir garantías, en estas circunstancias, conduciría a situaciones no sólo injustas sino absurdas.

Por tales razones y en el entendido de que el artículo 1283 del Código Civil ha sido concebido privativamente para la novación voluntaria, exceptuamos su aplicación a la novación legal.

Aquí deseamos dejar expresa constancia de que acogemos los mismos criterios, esto es, que las garantías se mantienen, cuando la prestación es posible, pero ante la inejecución el acreedor opta por la vía de los daños y perjuicios. Esta circunstancia resulta contundente para sostener que en la novación legal no opera la extinción de las garantías. La opinión contraria resultaría arbitraria y susceptible de generar las mayores injusticias. Y aunque la doctrina consultada no aborda el tema, nadie podría sostener razonablemente que cuando se opta por la vía indemnizatoria las garantías se perjudican o extinguen.

Cabe agregar que estaremos ante supuestos de novación legal sólo en aquellas hipótesis en que la sustitución de una obligación por otra se produce en virtud de un mandato legal, aun cuando la causa fuente de la obligación originaria fuese la voluntad humana.

Luego, no habrá novación legal cuando —ante la imposibilidad absoluta de cumplimiento de una obligación, por haberse extinguido la prestación o por haberse declarado rescindido o resuelto el contrato— la ley establezca determinadas consecuencias a través de la creación de nuevas obligaciones, como la de pagar una indemnización por daños y perjuicios. Este sería el caso, por citar un solo ejemplo, del deudor que se obliga a entregar a su acreedor un bien cierto, el cual se pierde antes de su entrega por culpa de dicho deudor. En esta eventualidad, en virtud a lo establecido por el primer párrafo del inciso 1 del artículo 1138 del Código Civil, la obligación del deudor queda resuelta, pero el acreedor deja de estar obligado a su contraprestación, si la hubiere, y el deudor queda sujeto al pago de la correspondiente indemnización.

Se presentará un supuesto de novación legal cuando la obligación originaria no se hubiese extinguido, pero por resultar inútil al acreedor, el deudor —por mandato de la ley— se encuentre obligado al pago de una indemnización de daños y perjuicios en sustitución al pago de la obligación originaria. Por ejemplo, la hipótesis del deudor en mora, cuyo incumplimiento acarrea que el acreedor pierda interés en la prestación por resultarle inútil. En este caso, el acreedor podría recurrir a la vía de la resolución del contrato, reclamando (en lugar de aquella prestación que se le debía) el pago de la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

Se produce novación legal, asimismo, cuando resultando aún existente y útil la prestación, el acreedor, ante el incumplimiento del deudor, opta por el pago de la indemnización de daños y perjuicios.

Por otra parte, no estaremos ante una novación legal cuando la ley estatuye un principio supletorio de la voluntad de los contratantes, vale decir, cuando a falta de previsión por las partes deba aplicarse una disposición determinada. Sería el caso previsto por el artículo 1238 del Código Civil, según el cual el pago debe efectuarse en el domicilio del deudor, salvo estipulación en contrario, o que ello resulte de la ley, de la naturaleza de la obligación o de las circunstancias del caso.

Para estos efectos también podríamos citar lo dispuesto por el artículo 1240 del Código Civil, en el sentido de que si no hubiese plazo designado, el acreedor puede exigir el pago inmediatamente después de contraída la obligación, y lo prescrito por el artículo 1241 del Código Civil, que establece que los gastos ocasionados por el pago son de cuenta del deudor, salvo pacto en contrario.

No habrá novación legal, en fin, cuando la ley prevea como opción para alguna de las partes la posibilidad de sustituir alguno de los elementos accesorios de la obligación originaria. Sería el caso, por ejemplo, de lo establecido por el artículo 1239 del Código Civil, al prescribir que si el deudor cambia de domicilio, habiendo sido designado éste como lugar para el pago, el acreedor puede exigirlo en el primer domicilio o en el nuevo; aplicándose igual regla respecto al deudor cuando el pago deba verificarse en el domicilio del acreedor.

# TÍTULO IV
# COMPENSACIÓN

## 1. CONSIDERACIONES GENERALES

Uno de los medios extintivos de obligaciones con mayor incidencia práctica es la compensación.

Cuando un deudor tiene un crédito contra su acreedor es posible, en la medida en que se cumplan los requerimientos exigidos por la ley, que obtenga su liberación oponiendo a éste la extinción de ambos créditos por compensación.

La palabra compensación proviene del vocablo latino *compensare*, que a su vez deriva de *pensare cum*, que significa «pesar con», en el sentido de balancear una deuda con otra. Por ello, en el Digesto 16.2.1., Modestino define a la compensación como la contribución o equilibrio entre un crédito y una deuda. *Compensatio est debiti et crediti inter se contributio.*

La compensación, tal cual se encuentra regulada en el Código Civil Peruano, es un medio extintivo de obligaciones que opera cuando una persona es simultánea y recíprocamente deudora y acreedora de otra, respecto de créditos líquidos, exigibles y de prestaciones fungibles entre sí, que el propio Código Civil califica, adicionalmente, como homogéneas, cuyo valor puede ser idéntico o no.

Así, por ejemplo, si Pablo le debe a José 100,000 nuevos soles, pero a su vez Pablo es acreedor de José por igual cantidad, si la compensación opera la deuda de Pablo y la deuda de José se extinguen íntegramente. Empero, si Pablo fuese acreedor de José por una cantidad menor (60,000

nuevos soles, por ejemplo), cuando la compensación se verifica la deuda de Pablo se entiende extinguida por 60,000 nuevos soles, mas subsiste por el saldo no compensado, esto es por 40,000 nuevos soles.

Se trata, en suma, de lo que numerosos autores consideran como un doble pago abreviado, que evita el doble desplazamiento de numerario o de otros bienes; y que cumple, además, una relevante función de garantía, como posteriormente se explicará.

Si se reúnen los requisitos de ley, la compensación, fundamentalmente, opera de manera unilateral. En ausencia de alguno de esos requisitos, la compensación opera de forma bilateral.

## 2. REQUISITOS DE LA COMPENSACIÓN UNILATERAL

Para que las obligaciones se extingan por compensación unilateral es necesaria la concurrencia de los requisitos que la ley civil exige. Tales requisitos se encuentran establecidos en el artículo 1288 del Código Civil:

> Artículo 1288.- «*Por la compensación se extinguen las obligaciones recíprocas, líquidas, exigibles y de prestaciones fungibles y homogéneas, hasta donde respectivamente alcancen, desde que hayan sido opuestas la una a la otra. La compensación no opera cuando el acreedor y el deudor la excluyen de común acuerdo*».

Analicemos brevemente cada uno de los cuatro requisitos que deben concurrir:

### 2.1. Que las obligaciones sean recíprocas

Por regla general, la compensación opera en tanto y en cuanto cada uno de los sujetos de la relación obligatoria ocupe simultáneamente la parte acreedora, respecto de una o más obligaciones, y la parte deudora, en relación a otra u otras obligaciones.

Ello ocurriría, por ejemplo, si «X» debe a «Y» la suma de 6,000 nuevos soles en virtud de un contrato de mutuo, en tanto que «Y» adeuda a «X» igual cantidad por concepto del precio de un bien que «X» le vendió. En esta hipótesis se advierte que «X» es deudor de «Y», al hallarse obligado a la devolución del dinero que le fue prestado mediante un contrato de mutuo, y que «X», simultáneamente, es acreedor

de «Y», por cuanto este último le adeuda el pago del precio del bien materia del contrato de compraventa.

Lo propio ocurriría si «Y», por ejemplo, fuese deudor de «X» en virtud de un contrato de arrendamiento en el cual adeudase el pago de tres mensualidades, cada una de 2,000 nuevos soles. En este caso, la compensación extinguiría no sólo dos, sino cuatro obligaciones. Al respecto, entonces, cabe resaltar que nada obsta a que la compensación se produzca respecto de dos o más obligaciones, en tanto reúnan los requisitos que la ley exige.

La reciprocidad versa, precisamente, en que los diversos créditos existan entre los mismos sujetos, quienes son (cada uno de ellos) acreedor y deudor del otro.

Ahora bien, cabe formularse la interrogante de si la reciprocidad a que alude el artículo 1288 del Código Civil, se refiere a la reciprocidad derivada del contrato con prestaciones recíprocas, del contrato bilateral y del contrato oneroso.

La reciprocidad que se deriva del contrato en mención se advierte a nivel de las obligaciones, al momento de la celebración del contrato, y a nivel de las prestaciones, al momento en que se ejecuta la relación obligatoria.

En opinión nuestra —al menos en el plano teórico— la reciprocidad que hace posible la compensación de dos o más obligaciones, comprende tanto al último concepto anotado, como a la reciprocidad que se presenta en el ámbito contractual.

De este modo, cuando las obligaciones en las que los sujetos sean simultáneamente deudor y acreedor uno del otro, emanen de diversas fuentes o de un mismo contrato, a nuestro modo de ver se habrá verificado el requisito de reciprocidad de las obligaciones que la compensación exige. No hallamos razón alguna para excluir la reciprocidad propia del ámbito de una misma relación contractual.

Teóricamente, podría ocurrir que a través de un contrato con prestaciones recíprocas o de uno bilateral u oneroso, ambas partes hayan contraído obligaciones con prestaciones recíprocas, fungibles, líquidas y exigibles, e intentasen compensar dichas obligaciones, por ser la compensación el mecanismo que mejor satisface sus intereses.

Por ejemplo, si Manuel celebra con Carla un contrato de renta vitalicia a título oneroso, a través del cual Manuel se obliga a entregar a Carla la

suma mensual de 1,000 nuevos soles durante el resto de la vida de Carla, en tanto que ésta se obliga a entregar a Manuel dos meses después de la celebración del contrato, la suma de 100,000 nuevos soles.

Supongamos que Manuel incumple con entregar a Carla, a su vencimiento, dos mensualidades correspondientes a la renta vitalicia, es decir, le adeuda la cantidad de 2,000 nuevos soles, y persiste en su incumplimiento.

Debido a que la obligación de Carla acaba de vencer (por haber transcurrido los dos meses de plazo convenidos), ésta podría optar por compensar las obligaciones.

Así, si a Carla, como acreedora de la renta vitalicia, le interesa conservar la relación contractual, pero evitar, además, el desplazamiento de numerario —en vista de ser, a su vez, deudora de Manuel—, podría invocar la compensación, con lo que se extinguiría lo adeudado a ella por Manuel y se reduciría su obligación hacia este último hasta el monto de 98,000 nuevos soles.

Vemos, pues, cómo en el supuesto analizado reviste sentido la compensación que se produce entre las obligaciones dimanadas de un mismo contrato y se carece de argumentos que la impidan tanto en el plazo teórico como en el práctico.

Ahora bien, es consecuencia de este primer requisito de reciprocidad el que un tercero se vea impedido de invocar la compensación, pretendiendo extinguir el crédito o la deuda que tuviese con alguno de los obligados recíprocamente.

Advertimos, por lo analizado, que la reciprocidad a la que se refiere la norma no está aludiendo al tema de los contratos con prestaciones recíprocas. Es decir, para efectos de la compensación lo que interesa es que una persona le deba a otra y, a su vez, ésta le deba a ella, mas no importa si esa reciprocidad proviene de un mismo contrato o de dos contratos.

La compensación, entonces, opera cuando se reúnen las condiciones establecidas por la norma entre quienes son mutuamente acreedor y deudor. La ley no admite la intervención de un tercero.

De esta regla se derivan algunas otras consecuencias que mencionamos a continuación:

(a) El deudor de un pupilo, requerido por el tutor o curador, no puede oponer la compensación por lo que el tutor o curador le debe a él.

Y esto obedece al hecho de que guardador y pupilo son dos personas distintas, con patrimonios diversos.

(b) El deudor principal no puede oponer a su acreedor, por vía de compensación, lo que el acreedor deba al fiador. Esto es así porque el deudor principal está obligado personalmente y no puede disponer de un crédito que pertenece a su fiador.

La falta de reciprocidad de las obligaciones, indispensable para el funcionamiento de la compensación, es en este caso evidente, pues el obligado no es acreedor de su acreedor, sino que lo es el fiador, quien para él resulta ser un tercero.

(c) El mandatario que es requerido por una deuda suya, no puede oponer la compensación de lo que su acreedor debe a su mandante.

Cada sujeto debe ser, a la vez, acreedor y deudor del otro. En este sentido, al mandatario no se le puede oponer en compensación el débito que él tuviera a favor del deudor de su mandante, cuando dicho mandatario ejercita la acción de cobro.

### 2.2. Que las obligaciones sean líquidas

Constituye requisito esencial de la compensación la liquidez de ambas obligaciones.

Una deuda es líquida cuando los sujetos de la relación obligatoria conocen con certeza la cuantía de su objeto.

Se ha expresado que la liquidez supone dos condiciones de la obligación, a saber, certeza en cuanto a su existencia y determinación respecto a su cuantía.

No obstante, compartimos la opinión de Cazeaux y Trigo Represas[161] cuando señalan que, en estricto, definiciones como las anotadas unifican y pueden confundir dos aspectos diferentes: el de la certidumbre y el de la liquidez.

---

161 CAZEAUX, Pedro N. y Félix A. TRIGO REPRESAS. *Op. cit.*, tomo II, pp. 298 y 301.

La certeza de una deuda —precisan— responde a su existencia indiscutida, mientras que lo relativo a la determinación de su importe, el conocer a cuánto asciende lo que se debe, es en verdad la cuestión de liquidez.

Así las cosas, constituyen obligaciones de dudosa certeza aquéllas negadas o discutidas en un proceso arbitral o judicial, en tanto que son obligaciones líquidas, por ejemplo, el crédito proveniente de una cláusula penal, el crédito que corresponde a un legatario de bien determinado, el crédito que emana de un título valor o aquéllas contraídas con arreglo al nominalismo.[162]

Ahora bien, cabe formularse la interrogante de por qué la ley civil peruana exige la liquidez de ambas obligaciones para que se configure la compensación.

A nuestro modo de ver, dicha exigencia obedece a razones de orden práctico. Si por la compensación se extinguen dos o más obligaciones hasta la concurrencia de sus respectivos montos, resulta evidente que para ello se precisa conocer la cuantía de las obligaciones compensables. De lo contrario, sería poco probable saber si ambas obligaciones o sólo una se extinguió totalmente y, en este último caso, cuál es el monto del saldo pendiente de pago.

De otro lado y en opinión nuestra, no resulta posible efectuar la compensación unilateral, en tanto una o las dos obligaciones materia de este acto sean ilíquidas. Esto lo determinan razones de lógica evidente, al no resultar posible oponer compensación unilateralmente cuando nos encontramos en presencia de cantidades inciertas. Si ello fuera factible, en buena cuenta lo que se estaría produciendo sería algo así como «compensar en el aire» o «compensar en el vacío», pues no resultaría factible conocer —precisamente— cuánto es aquello que resulta materia de la compensación y, por tanto, si ambas deudas se han extinguido en su integridad o si una de ellas se ha extinguido y la otra subsiste parcialmente, ni, en este último caso, conocer el monto por el que resulta subsistente dicha obligación.

---

162 En lo relativo a la compensación de las obligaciones de dudosa certeza, Cazeaux y Trigo Represas (CAZEAUX, Pedro N. y Félix A. TRIGO REPRESAS. *Op. cit.*, tomo II, p. 301) consideran que ella no es viable, pues sería injusto que el derecho de un acreedor se viera paralizado por cualquier alegación falaz o arbitraria de un crédito imaginario o simplemente no acreditado o pendiente de sustanciación en un litigio.

Dentro de tal orden de ideas, queda claro que son deudas compensables las obligaciones líquidas, mas no las ilíquidas.

Aun cuando las obligaciones ilíquidas no pueden constituir objeto de compensación, resulta de interés efectuar algunas precisiones en torno a las mismas, ya que la iliquidez de la obligación versa en la indeterminación de su cuantía.

Cabe señalar que la iliquidez de una obligación se presenta no sólo cuando el valor de la prestación no se ha determinado con certeza, sino también en los casos que, a manera de ejemplo, anotamos a continuación:

- Si la determinación de su monto o cuantía se confía a un tercero.

- Cuando su monto o cuantía deba determinarse según la naturaleza de la obligación o las circunstancias del caso.

- Cuando el valor de la prestación deba determinarse mediante resolución judicial.

- Cuando la determinación de su cuantía precise de una liquidación compleja y necesariamente documentada.

### 2.3. Que las obligaciones sean exigibles

El tercer requisito es que las obligaciones sean exigibles. La exigibilidad de las obligaciones constituye, entonces, presupuesto esencial para que opere la compensación.

Dicha exigibilidad versa, a nuestro modo de ver, en la facultad que asiste al acreedor de requerir, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento forzoso de la obligación.

Siendo, pues, la exigibilidad de las obligaciones un requisito medular para la posibilidad de oponer la compensación unilateral, podemos concluir en que no son deudas compensables —por carecer de exigibilidad—, los siguientes créditos, que utilizamos a manera de ejemplos representativos:

- Aquellos créditos respecto de los cuales la ley ha prescrito su inexigibilidad.

- Los créditos expectaticios.

- Los créditos sujetos a una condición suspensiva.

- Las obligaciones naturales.
- Los créditos sujetos a plazo suspensivo.

Así, por ejemplo, queda claro que no podría compensarse si una de las obligaciones fuese civil, pero la otra hubiera devenido en una obligación natural, pues, como bien sabemos, en las obligaciones naturales el deudor si quiere no paga, y el acreedor no tendría mecanismo legal alguno para exigirle el cumplimiento de la prestación debida.

### 2.4. Que las prestaciones sean fungibles y homogéneas

Además de los requisitos de reciprocidad, liquidez y exigibilidad de las obligaciones, para oponer unilateralmente la compensación es indispensable que las prestaciones sean fungibles y homogéneas.

Al respecto, consideramos que el Código Civil incurrió en un error de redacción al referirse a este requisito, pues lo centra en las prestaciones y no en el objeto de éstas. Es el objeto de las prestaciones el que va a ser comparado a fin de establecer su grado de semejanza con otro, por lo que la calidad de fungible se le aplicará a él y no a la prestación.

Entonces, para que opere la compensación unilateral, se requiere que los objetos de ambas prestaciones sean fungibles y homogéneos. Esto quiere decir que ambas deudas deben referirse a bienes u objetos (en la acepción más amplia del término) fungibles entre sí.

En efecto, no basta que el objeto de cada prestación sea fungible únicamente respecto a sí mismo, sino que también sea fungible respecto al objeto de la otra prestación. Dicho en otros términos, el objeto de la prestación debida por una de las partes debe ser fungible con el objeto de la prestación adeudada por la otra parte. La homogeneidad requerida por nuestra norma (artículo 1288 del Código Civil) alude, pues, a una sintonía de género, especie y calidad entre los objetos de ambas prestaciones.

En este punto, nos parece pertinente señalar que tal fungibilidad también podría darse en las obligaciones de hacer, en la medida en que el objeto de ellas lo permita. La doctrina y la mayor parte de las legislaciones no contemplan este supuesto, debido a que se considera que no puede presentarse en la realidad de los hechos. Pero podrían existir casos en los que, a nuestro criterio, aparecieran las características necesarias de fungibilidad, a pesar de sus muy escasas probabilidades de ocurrencia práctica.

Un ejemplo podría ser el siguiente: Una persona, Javier, se halla comprometida a sembrar césped de calidad «A-1» en el jardín de otra, Ana. Este jardín tiene una extensión de 200 m². Posteriormente, en virtud de otro contrato, Ana se obliga a sembrar el mismo tipo de césped en el jardín de Javier, cuya área es de 120 m². En este punto, suponiendo que ambas obligaciones hayan vencido y sean exigibles, cualquiera de las dos partes podría oponer a la otra la compensación, ya que el objeto de sus prestaciones es equivalente y, por tanto, intercambiable; esto es, fungible. Procediendo la compensación, la obligación de Ana se extinguiría, en tanto que la de Javier quedaría reducida a sembrar 80 m² de césped en el jardín de Ana.

Esta simetría en el objeto de las prestaciones entre acreedor y deudor no es tan frecuente, desde luego, como en las obligaciones de dar, pero existen diversas situaciones que, dado el caso, podrían concurrir en el supuesto bajo análisis. Así como en el ejemplo anterior, la compensación unilateral podría operar en otras situaciones, como en el caso de dos partes que se encuentren recíprocamente obligadas a pintar la vivienda de la otra o a transportar hasta un punto determinado una carga de similares características de peso y volumen, etc.

La calidad de la fungibilidad no se exige, con relación a las cosas consideradas en sí mismas, sino con respecto al objeto de la otra obligación. De esta forma, la obligación de entregar gasolina no se compensa con el crédito por una suma de dinero, pese a ser ambos objetos fungibles, puesto que no hay «fungibilidad recíproca». El deudor de gasolina no puede imponer a su acreedor que reciba dinero como pago, así como tampoco quien debe dinero puede pretender liberarse entregando cualquier otro bien fungible. Por ello es que la fungibilidad no debe ser independiente, sino recíproca.

De la misma forma, una obligación contraída en moneda extranjera (por ejemplo, en dólares de los Estados Unidos de América) no puede ser compensada con un crédito por un monto en otro tipo de moneda, también extranjera (como por ejemplo, reales brasileños). Ambas obligaciones recíprocas son susceptibles de compensación si las dos monedas resultan fungibles entre sí, es decir, si corresponden al mismo país. Así, puede compensarse una obligación de entregar pesos argentinos con otra que también consista en dar pesos argentinos, etc.

A nuestro entender, la exigencia de la fungibilidad como requisito para la compensación unilateral, se da en dos niveles: el primero, al interior del objeto de cada prestación; y el segundo, entre los objetos de ambas prestaciones. Este segundo nivel de fungibilidad es lo que nuestra norma denomina «homogeneidad», para no confundirlo con el primero. Ambas deudas de bienes fungibles deben ser, por tanto, homogéneas, es decir, fungibles entre sí.

Ahora bien, podría constituir un exceso de nuestra norma la exigencia de ambos niveles de fungibilidad mediante los términos fungibilidad y homogeneidad, ya que bastaría con decir «[...] de prestaciones fungibles entre sí [...]» para que la fungibilidad opere respecto de ambos niveles. En efecto, si los objetos de ambas prestaciones son fungibles entre sí, esto implica la fungibilidad individual de cada uno. Basta que un objeto sea fungible con otro para que el concepto de «fungible» se aplique a ambos indistintamente. Entonces, si el objeto de una prestación es fungible con el objeto de la otra, no sólo serán fungibles entre sí, sino que implícitamente son objetos fungibles al interior de la prestación misma.

De igual manera, en términos conceptuales, un bien fungible debe ser homogéneo respecto de los bienes con los que es intercambiable o equivalente. La homogeneidad es la característica principal de la fungibilidad, está incluida en ésta; alude particularmente a la equivalencia de calidad entre los bienes. Así, lo que es fungible es por esencia homogéneo. Lo heterogéneo no puede ser fungible.

En conclusión, resultaría reiterativo emplear el vocablo «homogéneos» al aludir a los objetos de estas prestaciones. En cuanto a la posible confusión relativa al espectro que debe abarcar la fungibilidad, este problema se resolvería haciendo explícito en la norma que los objetos de las prestaciones han de ser «fungibles entre sí».

Por otra parte, como anteriormente hemos expresado, el requerimiento de fungibilidad entre los objetos de las prestaciones, para que pueda operar la compensación, no debe tomarse en su sentido más estricto; a saber, que los objetos de ambas prestaciones deban ser idénticos tanto en naturaleza como en magnitud, supuesto de muy difícil ocurrencia.

Ciertamente es muy poco probable que en dos momentos distintos dos personas o partes se obliguen a ejecutar —una respecto de la otra

y la otra respecto de la primera — exactamente lo mismo y en idéntica cuantía. De admitir ésta como la interpretación correcta de la noción y alcances de la fungibilidad, estaríamos reduciendo el campo de la compensación unilateral a límites inadecuadamente estrechos. Sólo cabría la compensación total, no la parcial.

Así, de acuerdo a este criterio, si tuviésemos de un lado la obligación de pagar 4,300 nuevos soles, sólo podríamos compensar dicha obligación con otra cuyo monto exacto fuese de 4,300 nuevos soles. O si César debiese entregar a Juan 275 gramos de sal refinada, no podría compensar su deuda a menos que Juan llegase a adeudarle 275 gramos del mismo producto, ni más ni menos. Se estaría hablando de identidad no sólo en cuanto a especie y calidad, sino también en cantidad, entorpeciendo —sin sentido— la utilidad práctica de esta figura jurídica.

Por ello, reiteramos que la fungibilidad no debe entenderse como equivalencia de los objetos de las prestaciones hasta sus últimas consecuencias; es decir, pretendiendo que todos los detalles de lo adeudado sean idénticos a los de la otra prestación. El elemento «cantidad» constituiría, prácticamente, un obstáculo insalvable para lograr el objetivo de la figura jurídica de la compensación, y por ello no debe tomarse en cuenta.

La compensación tiene como finalidad eliminar unilateralmente el «doble pago». La razón de la concesión de esta prerrogativa no se encuentra sólo en un afán de simplificación —que siempre es eficiente—, sino de modo principal en dar seguridad a ambos deudores respecto del cumplimiento de la obligación de la cual son, a su vez, acreedores. Como ambas obligaciones son (en la mayoría de casos) producto de actos jurídicos independientes, se mantienen autónomas en todos sus extremos, por lo que el incumplimiento de una no se relaciona con el incumplimiento de la otra. Por eso, no sería improbable el supuesto de que una persona que debe dinero a otra que a su vez también le adeuda una suma de dinero, no se sienta proclive a pagar su parte por temor a que luego la otra no le abone lo que le debe. Posiblemente, la otra parte sienta lo mismo, y por ello tampoco cumpla su obligación.

Es dentro de ese contexto que la compensación puede aparecer como una suerte de «intromisión» entre dos contratos independientes y abre la puerta a su vinculación por vía unilateral, siempre y cuando se verifiquen los requisitos señalados.

Entendiendo la razón de la compensación unilateral, queda claro por qué el elemento «cantidad» no debe tomarse en cuenta al hablar de fungibilidad. Si lo que se busca es eliminar el «doble pago», resulta irrelevante que ambas deudas sean distintas en cuantía, ya que de todas maneras una de ellas —la menor— se extinguirá.

No obstante lo señalado, nuestro Código Civil consideró necesario reafirmar este criterio, empleando la expresión «hasta donde respectivamente alcancen».

Conviene ahora advertir que nuestra legislación excluye la compensación legal, ya que exige que una de las partes la oponga y, además, no retrotrae sus efectos al momento de la coexistencia de ambas deudas, sino al instante en que una es opuesta a la otra. De este modo, por ejemplo, la diferencia entre los intereses que devenguen ambas obligaciones deberá ser reintegrada por el deudor obligado a pagar mayores intereses, hasta el día en que se opone la compensación y no hasta el día en que ambos créditos iniciaron su coexistencia. Luego de esta fecha, se seguirán devengando intereses, pero solamente respecto del saldo no compensado.

La compensación legal es la que se produce por simple ministerio de la ley, sin intervención alguna de las partes. Sólo hace falta que se den los requisitos de reciprocidad, exigibilidad, liquidez y fungibilidad de dos o más obligaciones entre acreedor y deudor, para que la ley las declare compensadas hasta el monto de la de menor valor —de no ser ellas iguales—, aun sin conocimiento de las partes. Opera, pues, de pleno derecho.

## 3. COMPENSACIÓN BILATERAL

Tras revisar los requisitos propios de la compensación unilateral, veamos ahora cómo funciona la compensación bilateral, regulada en el artículo 1289 del Código Civil Peruano de 1984:

> *Artículo 1289.- «Puede oponerse la compensación por acuerdo entre las partes, aun cuando no concurran los requisitos previstos por el artículo 1288. Los requisitos para tal compensación pueden establecerse previamente».*

Según las partes que intervienen, la compensación puede clasificarse como un medio extintivo de las obligaciones, unilateral o bilateral, de acuerdo con el tipo de compensación de que se trate.

Como advertimos oportunamente la compensación puede ser unilateral o convencional. En el primer caso, la compensación opera a instancia de parte; esto es, sin que se requiera del asentimiento de la contraparte —vale decir, apoyándose en lo dispuesto por la ley—. En tanto que en el segundo caso, tratándose de la compensación convencional, se requiere del acuerdo entre acreedor y deudor, configurándose como un medio bilateral de extinción de obligaciones.

Cabe destacar, sin embargo, que estas últimas características son propias del Derecho peruano y de numerosas legislaciones modernas, pues en otras la compensación opera de pleno derecho, por la simple coexistencia de obligaciones recíprocas, sin intervención de la voluntad.

Por la intervención de la voluntad humana, la compensación constituye un medio voluntario extintivo de obligaciones, por considerar que su eficacia se produce o a instancia de parte o en virtud del acuerdo entre los contratantes, al menos, como hemos señalado, en la legislación peruana y en otros códigos modernos, y nunca de pleno derecho, salvo en casos singulares, ajenos a la ley civil, como ocurre, por ejemplo, con las cuentas corrientes mercantiles y bancarias, las cuales, por cierto, tienen sus propias modalidades.

Ahora bien, tal cual comentáramos hace un momento, la compensación bilateral no es una figura que se dé con frecuencia.

Para que opere la compensación bilateral es evidente que no se deben presentar todos los requisitos de la compensación unilateral, porque si se presentaran éstos en su integridad, no habría necesidad de un acuerdo entre las partes; bastaría con que una de ellas exprese su decisión de compensar las obligaciones para que ella se configure. Y es que, repetimos, de estar presentes todos los requisitos, lo que va a corresponder es la compensación unilateral y no la bilateral.

Aunque la compensación bilateral sólo tendrá cabida cuando falte alguno de los requisitos señalados en el artículo 1288, hay uno indispensable, esto es la reciprocidad.

¿Cómo compensar obligaciones que no sean recíprocas? Sería imposible hacerlo. En cambio, sí se podrían compensar obligaciones que no sean líquidas, u obligaciones que no sean homogéneas o fungibles, u obligaciones que no sean exigibles.

Aclarado este punto, debemos señalar que, a efectos prácticos, la compensación es una suerte de doble pago abreviado y ficticio, en tanto es una figura que, definitivamente, ahorra actos en el tráfico de los bienes.

De esta forma, aunque no se trata en realidad de un pago, actúa como si lo fuera, ahorrando costos de transacción.

Si «X» debe a «Z» 10,000 nuevos soles y «Z» debe a «X» también 10,000 nuevos soles, sería poco inteligente y poco eficiente que «X» le entregue a «Z» sus 10,000 nuevos soles y que «Z» le entregue a «X» sus respectivos 10,000 nuevos soles.

Evidentemente, sería más torpe todavía si «X» le pagara los 10,000 nuevos soles y esperara que «Z» le dé, tiempo después, los 10,000 nuevos soles que le debe.

Otro punto importante es que para poder compensar resulta necesario que las prestaciones todavía sean pasibles de ser ejecutadas, ya que de no serlo, las obligaciones se extinguirían por la imposibilidad de su cumplimiento.

Ahora bien, ¿qué ocurre, por ejemplo, si una de las obligaciones consiste en la entrega de naranjas y la otra en la entrega de manzanas?

En un caso como éste, en que las obligaciones no son fungibles ni homogéneas, sí operaría la compensación bilateral, es decir, quienes son parte de las dos relaciones obligacionales podrían acordar que se compensen dichas obligaciones.

Sin perjuicio de que, en efecto, se pueda realizar la compensación bilateral, lo usual es que la figura que se emplee sea la del mutuo disenso, que se encuentra regulada en el artículo 1313 del Código Civil:

> *Artículo 1313.- «Por el mutuo disenso las partes que han celebrado un acto jurídico acuerdan dejarlo sin efecto. Si perjudica el derecho de tercero se tiene por no efectuado».*

Decimos esto, por cuanto la compensación implica un «doble pago» ficticio, en tanto el mutuo disenso implica todo lo contrario: la voluntad de no ejecutar las obligaciones que estaban pendientes de cumplimiento.

## 4. PROHIBICIÓN DE LA COMPENSACIÓN

En términos generales, resulta indiferente el origen o la causa de los créditos (o deudas) para los efectos de la compensación. En otras palabras, son irrelevantes los motivos o circunstancias por los que se generaron las obligaciones para su eventual compensación. De esta forma, como sabemos, se puede compensar el monto adeudado en virtud de un préstamo con el crédito que se tiene por concepto de pago de honorarios profesionales, o las rentas vencidas que el arrendatario debe abonar al arrendador con la suma que éste le adeude por el precio de venta de un bien.

Sin embargo, existen determinados casos en que por razones de ética, justicia, seguridad jurídica, orden público, política económica, etc., la ley considera preferible el cumplimiento total e independiente de las obligaciones, para lo cual elimina la posibilidad de que éstas se extingan a través del «doble pago ficto». Así, en razón de los más variados motivos —los mismos que analizaremos en detalle—, la propia ley, en forma específica, deja determinadas obligaciones al margen de la figura extintiva de la compensación.

Estos supuestos vienen a ser excepciones a todas las clases de compensación (llámense legal, unilateral o convencional), ya que ni aun concurriendo los requisitos del artículo 1288, conjuntamente con la voluntad bilateral de las partes (artículo 1289), puede operar la compensación. La norma imperativa lo prohíbe. Se trata de los llamados créditos no compensables, cada uno de los cuales, debido a su origen o fuente, no puede ser objeto de compensación bajo ninguna circunstancia.

Nuestro Código contempla, en el artículo 1290, cuatro casos de créditos excluidos expresamente del ámbito de la compensación:

> *Artículo 1290.- «Se prohíbe la compensación:*
>
> *1.- En la restitución de bienes de los que el propietario haya sido despojado.*
>
> *2.- En la restitución de bienes depositados o entregados en comodato.*
>
> *3.- Del crédito inembargable.*
>
> *4.- Entre particulares y el Estado, salvo en los casos permitidos por la ley».*

Revisemos cada uno de los supuestos establecidos en la citada norma:

### 4.1. Se prohíbe la compensación en la restitución de bienes de los que el propietario haya sido despojado

Esta prohibición no se encontraba prevista en el Código Civil de 1936. El Código vigente la incluyó por considerar que contiene un evidente principio de justicia, siendo su propósito fundamental evitar un acto abusivo o ilícito, ya que de no ser así, se podría atentar contra el orden público, como veremos.

El caso previsto por el primer inciso del artículo 1290 del Código Civil de 1984 es el de un acreedor que despoja a su deudor de bienes pertenecientes a este último, y luego pretende oponer la compensación entre lo que su deudor le adeuda y el producto de su despojo. Es decir, que el acreedor despojante —quien debe devolver o restituir el objeto del despojo— quiera compensar su obligación de entrega con el crédito que tiene contra su deudor.[163]

Sabemos que la compensación cumple una doble función de garantía y de simplificación de las operaciones. Por ello no sólo existe la compensación convencional o bilateral, que es el contrato entre partes para compensar las obligaciones mutuas, sino que la propia ley faculta a una de las partes a oponerla en forma unilateral, en caso concurran determinados requisitos. Esta última clase de compensación es la que funge de garantía para las partes contra la mala fe o la insolvencia de la contraparte. El Derecho siempre busca evitar el abuso y salvaguardar los intereses de las personas. Por ello, las instituciones creadas por él tienen un límite, basado, precisamente, en el mismo principio que inspiró su creación. En este caso, se prohíbe la compensación para evitar el mal empleo de la función de garantía, disfrazando un acto ilícito, que es el despojo. Lo expresado también se aplica, sin duda, a aquellas legislaciones que acogen la denominada compensación legal.

---

163 El acreedor podría pretender oponer la compensación unilateral en caso de que los bienes de los que despojó a su deudor sean fungibles con los que éste le adeuda (siendo ambas obligaciones, además, líquidas y exigibles). También podría pretender presionar a su deudor para convenir en la compensación, si los bienes de ambas obligaciones no fueran fungibles entre sí. En ninguno de los dos supuestos procede la compensación.

Imaginemos que Pedro está obligado a entregar a Juan cien kilogramos de papa amarilla de su cosecha, en virtud de un contrato de compraventa. Juan, por su parte, en vista de la demora de Pedro en cumplir su obligación, ingresa a la hacienda de éste y sustrae los cien kilogramos de papa. En este caso estaríamos ante dos obligaciones recíprocas: una, correspondiente a Juan, de restitución de bienes de los que ha despojado a Pedro; la otra, correspondiente a Pedro, de entrega de bienes en mérito de un contrato de compraventa celebrado con Juan. Ambas obligaciones son líquidas, exigibles, y los objetos de las dos prestaciones son fungibles entre sí. Entonces, Juan decide oponer la compensación basándose en el artículo 1288 del Código Civil.

Si nuestro ordenamiento jurídico permitiese que opere la compensación bajo semejantes circunstancias, estaría autorizando a Juan a hacer justicia por su mano propia, mediante un acto delictivo. Se estaría otorgando licitud a actos que claramente atentan contra el orden público y que trasgreden los principios más elementales de ética y de justicia. En lugar de recurrir a las vías legales, las personas podrían cobrar sus acreencias sustrayendo, engañando, arrebatando, hurtando, apoderándose —hasta con violencia— de los bienes de su deudor, para luego, tranquilamente y conforme a ley, oponer la compensación unilateral. El acreedor se aseguraría así el pago de su crédito, el cual tal vez sería incobrable de otra forma. Esto, evidentemente, resquebrajaría de manera muy seria la paz social.

Asimismo, cabe preguntarse qué ocurriría con los demás acreedores que contasen con un orden preferente sobre el patrimonio de ese deudor. Este acreedor, avalado por la ley, pasaría por encima de aquéllos, cobrando su crédito como si tuviese prelación respecto a todos.

La figura de la compensación —lo reiteramos— tiene una importancia trascendental en múltiples ámbitos; su mayor virtud radica en la simplificación de numerosas operaciones. En otras palabras, reduce significativamente los costos de transacción entre quienes se encuentran obligados de manera recíproca, los mismos que de otra forma podrían resultar elevados a límites socialmente inaceptables.

En resumen, la compensación es una institución enormemente eficiente. Sin embargo, de no existir una exclusión como la que nos ocupa en este acápite, tal eficiencia se vería mermada, ya que el costo

social que implicaría avalar —a través de una facultad irrestricta de compensar— comportamientos antisociales (como el despojo) sería demasiado alto.

Por otra parte, consideramos que la mencionada restricción no solamente abarca a la compensación entre los bienes objeto del despojo y los bienes adeudados por el propietario al autor del despojo. Esto implicaría la existencia de los bienes despojados, así como la necesidad de fungibilidad entre éstos y aquéllos. Nos parece que la *ratio legis* del inciso 1 del artículo 1290 del Código Civil, incluye también la prohibición de compensar el monto adeudado por concepto de pago de indemnización de daños y perjuicios en caso de despojo, con el monto que el despojado, a su vez, independientemente, adeudase al despojante.

Este caso sería el de quien despojó a otro de un bien de propiedad de éste último, y que, posteriormente, dispuso de dicho bien (perdiéndolo, consumiéndolo, enajenándolo, etc.), quedando obligado, como consecuencia de tales actos, al pago de la correspondiente indemnización por daños y perjuicios.

La suma adeudada por semejante concepto no podría ser objeto de compensación con un crédito que este despojante detentase contra el despojado. La razón se basa en el mismo principio que venimos estudiando; el despojante tiene la obligación de restituir lo despojado, y de no ser esto posible, debe pagar la indemnización sustitutiva por los daños y perjuicios ocasionados, por lo que, para estos efectos, se integran ambos conceptos (la deuda original y la de daños y perjuicios), deviniendo en la imposibilidad de compensar la obligación de restituir lo despojado, así como también la de compensar la indemnización por los daños y perjuicios provenientes del despojo, con lo que —por su parte— pudiera adeudarle por otras causas el despojado.

Asimismo, consideramos que la norma no circunscribe la prohibición de compensar a los casos de despojo propiamente dicho, sino que la extiende al supuesto en que el bien haya sido obtenido del propio deudor, quien, inducido por medios engañosos, lo entregó voluntariamente a su acreedor. Sería, por ejemplo, el caso de María, quien debe 1,000 nuevos soles a César, por concepto de pago de un mes vencido de arrendamiento. Se da la circunstancia de que María debe efectuar un pago de 1,500 nuevos soles al colegio donde estudian sus hijos, pero por determinadas razones no puede acudir físicamente a dicho centro

de estudios para realizar el pago. César se ofrece a hacerlo, toma el dinero, entrega a la escuela tan sólo 500 nuevos soles y se queda con el resto. Luego comunica a María que la deuda de ésta con él mismo ha sido compensada con el dinero que le entregó, y que ahora ella adeuda al colegio 1,000 nuevos soles.

### 4.2. Se prohíbe la compensación en la restitución de bienes depositados o entregados en comodato

Antes de entrar a la descripción del supuesto planteado por el inciso 2 del artículo 1289 del Código Civil Peruano, debemos establecer algunas precisiones acerca de la delicada particularidad que envuelve a los contratos de depósito y de comodato.

La obligación del depositario es de honor, por la extrema confianza que origina la obligación de custodia. En efecto, quien depositó el bien en sus manos reveló confianza absoluta. Lo mismo ocurre en el caso del comodatario, a quien el comodante benefició entregándole un bien en calidad de préstamo a título gratuito. Aquí se da inclusive un elemento adicional, cual es la gratitud que se espera por parte del comodatario. Por último, en ambos casos están de por medio principios éticos de cautela al depositante o comodante, por tratarse de obligaciones de honor. Por ello, tanto las obligaciones del depositario como del comodatario no sólo tienen contenido jurídico, sino ético y moral.

Podría argüirse en contra de estas ideas, aduciéndose que la confianza es un elemento subjetivo que se presenta en las obligaciones generadas por toda clase de contratos, y no sólo en los de depósito y comodato. Por ejemplo, la compraventa a crédito. En este caso, el vendedor entrega al comprador el bien objeto del contrato sin recibir el íntegro de su contraprestación, contando con recibirla más adelante —fraccionadamente— en el tiempo, según lo convenido. Hay un elemento de confianza que supuestamente siempre debería honrarse. Lo mismo puede ocurrir en un contrato de permuta, en uno de suministro, etc.

La confianza entraña riesgo, y la sociedad lo asume, ya que de lo contrario nadie contrataría en ninguna otra forma que no fuera entregando y recibiendo los bienes objeto de la prestación y la contraprestación en el mismo momento y acto. Si la aversión al riesgo fuera absoluta, entonces las transacciones se reducirían en forma tal que el progreso sería algo muy lejano y hasta utópico. Ahora bien, por todo esto es

que el Derecho ha creado formas legales de prevención en caso de que alguna de las partes actúe o pretenda actuar de mala fe, tales como los títulos-valores (de mérito ejecutivo), los diversos tipos de garantías (mobiliarias, prendarias, hipotecarias, el contrato de fianza, etc.), y los demás recursos legales a los que se puede acudir (medidas cautelares como el embargo, el secuestro, etc., o configuración de figuras delictivas con las consiguientes sanciones penales, etc.) cuando el daño está hecho, además del efecto disuasivo de estas últimas. Inclusive, el que existan tantas y tan variadas normas de dicha naturaleza podría invitar a suponer que lo que mayormente se presume es la mala fe, antes que la buena fe, lo que desde luego no es exacto.

Nuestro Código Civil, si bien procura ser funcionalista (como puede observarse, por ejemplo, en el artículo 1970 que consagra la responsabilidad extracontractual objetiva), en el fondo es sumamente subjetivista y humanista. Su objetivismo es más bien tímido (por ejemplo, en el caso de la responsabilidad extracontractual, pues no obstante la norma citada, también existe otra —el artículo 1969— que fundamentalmente y como regla general consagra la responsabilidad subjetiva, además de los restantes artículos sobre la materia, en los que prevalece el subjetivismo), ya que a lo largo de todo el cuerpo legal encontramos normas basadas en presunciones de buena fe.

Un caso palpable de este tinte subjetivista es el inciso 2 del artículo 1290, cuyo fundamento tiene sus cimientos —como lo hemos dicho— en el honor.

Luego de estas consideraciones preliminares, analizamos sucintamente las prohibiciones a que se refiere el citado precepto.

Es el caso de una persona que deba a otra determinada prestación, y que a su vez dicho deudor haya entregado a su mismo acreedor, en virtud de un contrato de depósito o de comodato, un bien (o bienes) fungible (fungibles) con lo adeudado. Como la obligación del deudor ha vencido, entonces el acreedor decide compensar los bienes de propiedad del deudor que tiene en custodia, con los que éste le adeuda.

Supongamos, para utilizar un ejemplo, que Marcos le debe a José 5,000 nuevos soles. Asimismo, el primero entrega al segundo, en calidad de depósito, la cantidad de 4,000 nuevos soles. Entonces, José tiene un crédito exigible a su favor de 5,000 nuevos soles (que Marcos

se demora en pagarle), y a la vez tiene como depositario la suma de 4,000 nuevos soles propiedad de Marcos, la cual debe devolver. Se trata de dos obligaciones recíprocas, líquidas, exigibles y con prestaciones cuyos objetos son fungibles entre sí. Supuestamente, podría oponer la compensación (sería una compensación parcial), basándose en el artículo 1288 del Código, pero, por la naturaleza de su obligación, está impedido de hacerlo. La índole de esta obligación supone un criterio de confianza, de honor, mayor al de otras figuras contractuales.

Creemos que si bien puede parecer poco funcional basar un precepto imperativo en un criterio tan puramente subjetivo, y aun siendo proclives a que las normas sean más honestas y eficientes y menos líricas, sí consideramos necesario proveer de cierta mística de valores y principios de orden subjetivo a nuestro cuerpo legal, procurando que los mismos no caigan en meras declaraciones sin contenido realista o práctico. Los principios subjetivos, bien empleados, pueden coadyuvar a lograr un sistema eficiente.

Por ello, concluyendo esta parte del análisis, creemos que conservar como elemento fundamental de la naturaleza de estos contratos al honor, no resulta retrógrado ni obsoleto, aunque admitimos que tales criterios deben ser dosificados en forma muy restringida. En nuestro caso, por ejemplo, la obligación de entrega del deudor (Marcos) no se encuentra tan «santificada» por el honor como la obligación de entrega de su acreedor (José), existiendo disparidad de condiciones para ambos. Podría verse hasta injusto, por lo que cabría cuestionar la falta de reciprocidad en cuanto al «honor» en ambas obligaciones. Sin embargo, para no desvirtuar el carácter especialmente ético y de compromiso absoluto que se desea imprimir a las obligaciones de los depositarios y comodatarios, se le confiere la carga adicional del elemento subjetivo.

Por estas razones, en opinión nuestra, resulta adecuada la norma que prohíbe expresamente la compensación en la restitución de bienes depositados o entregados en comodato, pero nos parecería equitativo facultar al depositario o comodatario a retener (sin disponer ni compensar) tales bienes a efectos de estimular a su deudor a realizar el pago que le adeuda.

Por otro lado, en cuanto a la clase de bienes depositados o entregados en comodato sujetos a la prohibición de compensar, ésta se aplica a bienes de todo tipo, fungibles e infungibles, si se trata de la

compensación convencional. Para el caso de la compensación unilateral, evidentemente, la prohibición se refiere a los objetos de las prestaciones fungibles entre sí, pues en ningún caso se podría oponer la compensación del artículo 1289 si se tratase de objetos no fungibles entre ellos. Lo mismo sucedería, desde luego, en el caso de la compensación legal.

Recordamos que en el caso del contrato de comodato o préstamo de uso, los bienes que el comodatario está obligado a devolver son los mismos que se le entregaron, sean consumibles o no. Como el contrato de mutuo es muy similar al de comodato, con la diferencia de que los bienes consumibles que el mutuatario está obligado a devolver deben ser iguales a los recibidos, consideramos que se debería incluir en la referida prohibición a este último contrato, siempre y cuando sea a título gratuito, por las mismas razones por las que se otorga tal *status* al contrato de comodato.

Por último, es nuestro parecer que, al igual que en el primer inciso del artículo 1290, la exclusión de la compensación no debe restringirse a la restitución del bien, sino que debe comprender también el monto de los daños y perjuicios correspondientes, en caso de pérdida del bien en poder del comodatario o del depositario.

### 4.3. Se prohíbe la compensación del crédito inembargable

El crédito inembargable tampoco resulta susceptible de compensar. Si bien se puede llegar a esta premisa mediante un razonamiento lógico-jurídico (ya que no estando los créditos inembargables comprendidos en la prenda común de los acreedores, no pueden ser empleados para su pago, y siendo la compensación un doble pago abreviado, ella se descarta naturalmente respecto de tales créditos), es conveniente su inclusión expresa en la norma, debido al delicado carácter intangible del crédito inembargable, cuya protección por el Derecho debe ser prioritaria en relación a otros derechos patrimoniales.

Así, si se adeuda lo inembargable no cabe otra cosa que pagar, no sólo porque este tipo de crédito no responde ante los acreedores, sino porque la ley quiere impedir que el acreedor sea privado del beneficio que le otorga el crédito inembargable. Por ello, la compensación resulta inadmisible en este supuesto, ya que de lo contrario se presentaría la situación que, en lugar de cobrar efectivamente su crédito inembargable, el acreedor únicamente se vea liberado de su deuda.

El inciso 3 del artículo 1290 representa, pues, un significativo avance respecto del Código Civil de 1936, ya que no se circunscribe, como éste lo hacía, sólo a las pensiones alimenticias, no obstante ser éstas el más representativo crédito inembargable.

Otro crédito inembargable y, por tanto, incompensable, es el proveniente de una relación laboral. Sería el caso, por ejemplo, de un empleador que debe abonar a su trabajador una renta derivada de un accidente de trabajo. Este crédito del trabajador es inembargable (salvo un porcentaje por concepto de pensiones alimenticias), y el empleador no podría oponer la compensación de dicha obligación a otra que le adeude el primero, como sería un préstamo, un adelanto de sueldo, etc. Tal compensación vendría a ser una retención indebida.

Un claro caso de crédito no compensable es el del crédito inexigible que resulta de las obligaciones naturales. La inexigibilidad de éstas genera su inembargabilidad. Nadie puede exigir, en consecuencia, embargar y, por tanto, compensar una deuda prescrita, ni tampoco una deuda proveniente del juego y apuesta no autorizados ni prohibidos.

En resumen, todo crédito que la ley señale como inembargable, será incompensable.

### 4.4. Se prohíbe la compensación entre particulares y el Estado, salvo en los casos permitidos por la ley

El Código Civil Peruano de 1984, a diferencia del Código de 1936, optó por regular el tema de la prohibición de compensar con el Estado en dos incisos. Como acabamos de anotar, el inciso 3 alude al crédito inembargable en general, debiendo ser leyes especiales (como el Código Procesal Civil) las que determinen cuáles créditos se consideran inembargables. Entre ellos se encuentran los bienes del Estado, los mismos que aún no se hallan delimitados en su carácter de inembargables. Asimismo, el inciso 4 ofrece una redacción similar a la del Código anterior, en el sentido de que se prohíbe la compensación entre particulares y el Estado, pero con la salvedad de los casos permitidos por leyes especiales.

Antes de analizar las excepciones al inciso 4 del artículo 1290, determinadas por leyes especiales, es necesario precisar que el concepto de Estado, para los efectos de la compensación, fue objeto de una ampliación interpretativa por parte del Decreto Supremo n.° 110-92-EF,

promulgado el 19 de junio de 1992 y publicado en el diario oficial *El Peruano* el 22 de junio de 1992, mediante la cual se extendió dicho concepto a fin de que su ámbito comprendiera a la Deuda Externa de corto, mediano y largo plazo sujeta a renegociación. De ese modo, a partir de junio de 1992 este tipo de créditos contra el Estado no son compensables directa ni indirectamente.

Existen legislaciones en las que se da un tratamiento de excepción a este inciso, es decir, que se enumeran los casos de deudas entre particulares y el Estado que no están sujetas a compensación. En los referidos supuestos, la compensación entre los particulares y el Estado es posible, salvo los casos especificados por la norma. Nuestra ley, por el contrario, basándose en que en principio los bienes de dominio público son inembargables, además del caos que representaría el que un particular pudiese compensar una deuda que tiene con una institución gubernamental, contra un crédito que detente contra otro departamento del Estado, etc., ha otorgado carácter de general a la prohibición de compensar las deudas entre el Estado y los particulares, siendo leyes especiales las que se encargarán de especificar los casos de excepción a este principio.

En suma, la prohibición contenida en el inciso 4 del artículo 1290 tiene, entre otros fundamentos, su principal sustento en que el dinero que recauda el Estado se aplica a los servicios públicos y, por tanto, no se permite a un particular dejar de pagar sus deudas, vía compensación.

En efecto, los recursos del Estado tienen como destino y finalidad la atención de funciones y servicios públicos; éstos, destinados a satisfacer las necesidades de la sociedad, no deben verse constreñidos o inhabilitados por la ausencia transitoria de los fondos requeridos para costearlos. Por ello es que los deudores (particulares) del Estado no pueden estar facultados a exonerarse de proveer tales fondos, alegando los créditos que pudiesen tener contra el Estado.

## 5. OPONIBILIDAD DE LA COMPENSACIÓN POR EL GARANTE

A través del artículo 1291 del Código Civil se establece la facultad del garante de oponer la compensación de la deuda de la persona a quien ha garantizado, con el crédito que éste pudiese tener contra su propio acreedor:

*Artículo 1291.- «El garante puede oponer la compensación de lo que el acreedor deba al deudor».*

Como puede inferirse, lo dispuesto en esta norma constituye una excepción a la regla general de que la compensación es un derecho personalísimo y, por ende, que nadie más que el propio deudor puede oponer la compensación entre su obligación y el crédito que coincidentemente tenga contra el mismo acreedor.

Las excepciones a las reglas generales o específicas obedecen en muchos casos a criterios de índole práctico, pero la mayor parte de las veces son decisiones legislativas basadas en principios éticos o de justicia, los cuales se colocan por encima de los principios estrictamente jurídicos. En este supuesto, el principio del carácter personalísimo de la compensación se subordina al más elevado principio de la equidad.

Suponiendo que el deudor principal detentase un crédito compensable con su deuda, el garante podrá oponer la compensación, aunque la deuda principal sea ajena. Esta tesis constituye una excepción a la regla de nuestro ordenamiento relativa a la imposibilidad de un deudor de oponer la compensación de su codeudor solidario al acreedor común, y se justifica porque el garante no es el obligado principal y, por ello, no está «pagando su deuda con el bolsillo de otro».

Ahora bien, pese a que la figura del garante supone características en cierto modo similares a la solidaridad pasiva —particularmente la fianza solidaria—, en lo relativo al tema de la compensación ostenta diferencias sustanciales.

El requisito de la reciprocidad de obligaciones, indispensable para la compensación, debe existir en forma directa entre el obligado principal y el acreedor. Pero el fiador, si bien no se beneficia con el crédito, sí puede salir perjudicado con el incumplimiento de aquél a quien garantiza, razón por la cual tiene la potestad de invocar dicha compensación.

Existe una estrecha concordancia entre esta facultad del fiador y el beneficio de excusión, derecho del fiador simple establecido por el artículo 1879 de nuestro Código Civil (*«El fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor sin hacerse antes excusión de los bienes del deudor»*).

Por otro lado, resulta conveniente señalar que aunque el artículo 1291 se encuentra en aparente contradicción con el artículo 1885 de

nuestro mismo cuerpo legal, precepto que establece la facultad del fiador de oponer todas las excepciones que corresponden al deudor aunque éste haya renunciado a ellas, salvo las que sean inherentes a su persona, es decir, las que tengan, como ocurre con la compensación, carácter personalísimo, ese conflicto no existe.

Así, la aparente contradicción se salva al considerar que lo previsto por el artículo 1885 reviste carácter general; en cambio, la norma que concede al fiador la facultad de oponer la compensación entre el acreedor y el deudor es de carácter particular, como una especial excepción a la regla. La compensación es, pues, la única excepción personal correspondiente al deudor que el fiador puede oponer contra el acreedor, debido a su particular condición de deudor subsidiario, la misma que surge del carácter accesorio de su obligación.

Sobre la compensación que el fiador invoque respecto de la obligación por él afianzada (obligación principal) y lo que el acreedor le adeude al propio fiador, la doctrina no es uniforme: un sector opina que se trataría de una compensación voluntaria o facultativa, pues el derecho propio —personalísimo— que exige la compensación unilateral no se encuentra presente; otro sector de la doctrina, en cambio, estima que el fiador sí es titular de la calidad de deudor, puesto que si bien se ha obligado accesoriamente por el deudor principal (su calidad es de sujeto pasivo accesorio), su obligación hacia el acreedor le es propia. Estaría, pues, actuando por derecho propio al oponer la compensación entre su crédito contra el acreedor y la deuda principal que está afianzando.

Nos adscribimos a esta última corriente.

Es de notar que, independientemente de la posición asumida, existe unanimidad en admitir la procedencia de la compensación entre la deuda principal y el crédito que tenga el fiador contra el acreedor.

Por ello, si el acreedor exigiera el pago al fiador y éste le opusiera la compensación de su propio crédito, el acreedor renuente a aceptar esta solución podría pretender dirigirse contra el deudor principal, demandándole el pago de la obligación, pero éste podría alegar que dicha obligación ya no existe, por haber operado tal compensación entre acreedor y fiador. Lo que quedaría es una nueva obligación entre el deudor y su fiador, mas ninguna con el «ex-acreedor», pues esta deuda se extinguió; de lo contrario, el acreedor recibiría satisfacción doble (por parte del fiador y por parte del deudor).

En cambio, el deudor no puede oponer en compensación el crédito que su fiador tenga contra el acreedor, pues de hacerlo agravaría la situación del fiador, quien se obligó a pagar únicamente en defecto del deudor. La razón es justa y evidente: la deuda del fiador es sólo accesoria o subsidiaria, mientras que la del deudor es principal. De otro modo, el fiador resultaría pagando por el deudor sin antes haber hecho excusión de los bienes de este último, no obstante no tener la condición de solidario.

Si, como vimos anteriormente, no procede la compensación que pretendiese oponer un co-deudor solidario (respecto de la deuda común) contra el crédito que otro codeudor tuviera con el acreedor, con mayor razón resultaría inadmisible la que eventualmente opusiera un deudor respecto de su deuda, con el crédito detentado por el fiador con el acreedor.

En resumen, el deudor principal no tiene la facultad de invocar contra el acreedor la compensación entre su obligación y el crédito del fiador; empero, sí puede atenerse al efecto extintivo generado por la compensación opuesta por el fiador.

Como sabemos, contrariamente al fiador simple, el fiador que se obliga en forma solidaria carece del beneficio de excusión.[164]

No obstante, esto no significa que el fiador solidario se convierta en un codeudor solidario, ya que no debemos dejar de tomar en cuenta la naturaleza de la fianza, que es enteramente distinta. La solidaridad, por tanto, no le quita a la fianza su carácter de obligación accesoria y en absoluto convierte al fiador en deudor directo de la obligación principal. La más importante diferencia entre la fianza simple y la fianza solidaria estriba en que, en esta última, el fiador no goza ni del beneficio de excusión ni, mediando varios fiadores, del beneficio de la división. Por lo demás, el tratamiento es muy semejante, no existiendo diferencia alguna en lo relativo a la compensación.

---

164 Así lo establece el artículo 1883 del Código Civil de 1984:
«*La excusión no tiene lugar:*
1. *Cuando el fiador ha renunciado expresamente a ella.*
2. *Cuando se ha obligado solidariamente con el deudor.*
3. *En caso de quiebra del deudor*». (El subrayado es nuestro)

## 6. OPONIBILIDAD DE LA COMPENSACIÓN AL CEDIDO

El artículo 1292 del Código Civil Peruano alude a una modalidad de transmisión de las obligaciones constituida por la cesión de derechos. A fin de realizar el análisis correspondiente, es pertinente ubicarnos en la figura de la cesión de derechos, regulada por los artículos 1206 y siguientes del Código Civil.

El texto del artículo 1292 es el siguiente:

> *Artículo 1292.- «El deudor que ha consentido que el acreedor ceda su derecho a un tercero, no puede oponer a éste la compensación que hubiera podido oponer al cedente».*

En términos generales, por medio de la cesión de derechos el acreedor —quien tiene un crédito a su favor contra el deudor— transfiere a un tercero —cesionario— su derecho a exigir la prestación a cargo de su deudor.

Es el caso de que Pedro adeude a Rosa la suma de 2,000 nuevos soles, por concepto de pago del precio de un bien objeto de una compraventa. Supongamos que por alguna razón, Rosa decide disponer de dicho crédito y lo transfiere a Antonio. De esta forma, será Antonio (cesionario) el nuevo acreedor de Pedro (deudor/cedido), y ya no Rosa (acreedora inicial/cedente).

Para que opere la cesión de derechos, no es necesario que el deudor (en nuestro ejemplo, Pedro) asienta. Sólo se requiere que el cedente (Rosa) y el cesionario (Antonio) acuerden tal cesión por escrito, produciendo ésta efecto contra el deudor cedido (Pedro) desde que le sea comunicada fehacientemente o desde que la haya aceptado.

Esta figura es muy empleada hoy en día, particularmente en el ámbito comercial. Es el caso de las empresas que, teniendo una «cartera pesada» (créditos por cobrar) muy grande y de difícil cobranza, deciden «venderla» a otras instituciones (por ejemplo, Bancos). Por lo general, estas últimas las adquieren a un precio inferior al del monto a cobrar, el cual es castigado según los riesgos y gastos que se estima implicará dicha cobranza. A nivel más simplificado, sería el caso del endoso de títulos valores.

Ahora bien, en el supuesto de compensación que nos ocupa, el artículo 1292 del Código Civil prescribe que si el deudor cedido consintió en

tal cesión, ya no puede oponer al cesionario (su nuevo acreedor) la compensación que hubiera podido oponer al cedente (su antiguo acreedor).

Continuando con nuestro ejemplo, suponiendo que Rosa —quien como sabemos es acreedora de Pedro por 2,000 nuevos soles— fuese a su vez deudora de Pedro por una suma igual, en mérito de un servicio prestado por éste, es evidente que cualquiera de los dos podría oponer la compensación de ambas obligaciones de dar sumas de dinero. Pero, si ninguna de las partes ha invocado aún dicha compensación y Rosa conviene con Antonio en trasmitirle el derecho de exigir la prestación a cargo de Pedro, ¿qué ocurre con la facultad de compensar de éste?

Existen dos posibilidades, dependiendo de la participación de Pedro en la cesión de derechos:

(a) Si Pedro aceptó o consintió en que Rosa ceda su derecho a Antonio, no podrá oponer a éste la compensación que hubiera podido oponer a Rosa.

(b) Si Pedro no ha consentido o aceptado explícitamente tal cesión, sí podrá oponer a Antonio la compensación que hubiera podido oponer a Rosa.

En este supuesto, si Pedro opusiera a Antonio la compensación, extinguiría su propia deuda por los 2,000 nuevos soles y también el crédito a su favor que tiene contra Rosa. Ya no habrían obligaciones entre él (Pedro) y Rosa, sino entre Antonio y Rosa.

La norma contenida en el artículo 1292 puede parecer contradictoria con el espíritu de la figura de la cesión de derechos, por cuanto para que esta última produzca efectos no se requiere de la aceptación del deudor (cedido). Basta con que el deudor simplemente haya tomado conocimiento de la cesión, es decir, que se le haya comunicado fehacientemente. Por ello, resulta irrelevante su conformidad, no importando su opinión sobre el particular.

De no ser así, y se requiriera de la aceptación del deudor antes de proceder el acreedor a ceder su derecho a un tercero, las operaciones se entorpecerían hasta límites inaceptables. El crédito a favor de una persona es un recurso que debe aprovecharlo en la forma más eficiente, no siendo racional desperdiciarlo en el caso que necesite liquidez.

Más aún, podría prestarse a abusos por un deudor que no desee pagar su deuda a un acreedor al que por diversas razones (escasez de

recursos, relación de parentesco, amistad, aversión a pleitos judiciales, ignorancia, etc.) le resulte demasiado arduo cobrar su acreencia.

Por ello, el artículo 1292 del Código Civil sólo exige, con evidente criterio de justicia, que el deudor sea comunicado fehacientemente de la cesión de derechos para que ésta produzca efecto. El deudor no puede obstaculizar la libre circulación de créditos, ni impedir que su obligación caiga en manos de quien esté en mejores posibilidades de cobrarla.

Sin embargo, el ordenamiento jurídico también contempla el supuesto de que el deudor sea objeto de abuso por parte del acreedor y le otorga la protección debida. Es ésta la razón de la existencia del artículo 1292.

Por ejemplo, imaginemos que Rosa es, a su vez, acreedora y deudora de Pedro, pero la cobranza de su obligación es más difícil que la de su crédito, por estar ella obligada a través de un contrato escrito en un papel arrancado de una libreta de apuntes, mientras que la deuda de Pedro se encuentra plasmada en un título valor (como una letra de cambio). Resulta obvio que la cobranza de la deuda de Pedro es mucho más viable que la de Rosa.

En un caso como éste, el que Pedro tenga la facultad de oponer la compensación es un claro ejemplo de la eficiencia y equidad de la norma.

Pero si Rosa pretendiese burlar o esquivar la compensación, podría creer que cediendo su crédito a Antonio (evidentemente, lo haría a título oneroso), al perderse la reciprocidad de las obligaciones, ya no cabría realizar compensación alguna por parte de Pedro. Así, supuestamente Antonio tendría altas probabilidades de cobrar a Pedro su deuda (ejecutando el título valor), mientras que Pedro tendría un largo camino legal para poder cobrarle a Rosa.

Es claro cómo se atentaría contra la filosofía de la compensación si no se hubiese regulado este supuesto; sería como dejar una ventana abierta al abuso por una de las partes. Por ello es que consideramos que la norma, más que impedir el entorpecimiento de la cesión de derechos por parte del deudor, constituye una garantía, una protección para éste.

Por último, somos de opinión que el artículo 1292, al emplear el término «consentido» («el deudor que ha consentido en que el acreedor

[...]»), en realidad quiso decir «asentido». De acuerdo con los principios y teorías adoptados por nuestro Código Civil, asentir es diferente que consentir: asentir supone aceptar algo de manera unilateral, mientras que consentir es un término que alude al consentimiento en la celebración de un contrato (es bilateral o plurilateral). Por ello creemos que la redacción del artículo hubiera revestido mayor propiedad si empleara el verbo asentir; pero ello no afecta en nada, desde luego, el sentido de la norma.

## 7. IMPUTACIÓN LEGAL DE LA COMPENSACIÓN

Resulta frecuente que una persona tenga respecto de otra u otras más de una deuda compensable, y desee oponer la compensación contra uno o varios créditos que, a su vez, tuviera de su acreedor.

Tratándose de compensación convencional, el tema no presenta dificultad alguna, ya que por la libre voluntad de las partes éstas pueden acordar compensar la deuda que deseen contra el crédito que elijan. No interesa aquí ni la antigüedad, ni la exigibilidad, ni la fungibilidad de las prestaciones. Tampoco si se encuentran garantizadas o no. Rige, como dijimos anteriormente, la autonomía de la voluntad, convirtiéndose la compensación en un contrato cuyas estipulaciones son definidas y delineadas íntegramente por quienes lo celebran.

En cambio, en el caso de la compensación unilateral, la que, como sabemos, se lleva a cabo por vía de oposición —materia de este análisis—, la normatividad brinda soluciones que suplen las posibles deficiencias y conflictos que podrían suscitarse cuando quien opone la compensación no ha manifestado su elección respecto de la imputación de la deuda.

Así, el artículo 1293 de nuestro Código Civil vigente señala:

> Artículo 1293.- «*Cuando una persona tuviera respecto de otra varias deudas compensables, y no manifestara al oponer la compensación a cuál la imputa, se observarán las disposiciones del artículo 1259*».

En primer lugar, podemos deducir del tenor de este numeral que el deudor que opone la compensación tiene la facultad de decidir e indicar la o las deudas que desea reducir o extinguir con el crédito que posee contra su acreedor. Cuando falta esta manifestación de voluntad, el Código la suple remitiéndonos a la norma sobre imputación legal.

Asimismo, el artículo 1293 hace mención expresa de la calidad de compensables de las deudas que la persona mantenga con su acreedor. En otras palabras, si el deudor tuviera con su acreedor varias deudas de distintas características y, a su vez, tuviese un crédito con aquél, este crédito sólo sería compensable con la o las deudas que reúnan los requisitos ya conocidos (reciprocidad, liquidez, exigibilidad, fungibilidad). Se vuelve, pues, al principio básico de la compensación, más allá de la existencia de pluralidad de deudas.

En caso de coexistir dos deudas que revistan las mismas características de garantía (que ninguna se encuentre garantizada, o que —por citar un supuesto— las dos estén garantizadas con fianza bancaria) y tengan el mismo grado de onerosidad para el deudor (por ejemplo, que ambas se hallen afectas a igual tasa de interés), entonces se imputará el crédito a la obligación de fecha más antigua. Empero, si ambas obligaciones tienen la misma fecha de vencimiento, entonces se deberá proceder a prorratear el crédito entre ellas, es decir, a imputarlo en partes proporcionales.

La misma regla se aplicará en caso de existir pluralidad de obligaciones compensables por ambas partes.

Si se trata de la compensación convencional, a pesar de no señalarlo expresamente el Código Civil, las partes, por mutuo acuerdo, pueden adherirse al orden de prelación establecido por el artículo 1259 o a uno distinto. Asimismo, cuando haya convención sobre compensar las deudas mutuas, pero discrepancia en torno al orden para imputar el pago, consideramos que cualquiera de las partes puede exigir el orden del mencionado numeral del Código.

Por último, en cuanto a las obligaciones de hacer, no habría inconveniente en que se les aplicaran los mismos preceptos, siempre y cuando cumplan con los requisitos exigidos por la ley.

A modo de ejemplo, imaginemos que José se encuentra obligado a reparar un lote de diez televisores de Pedro. Por su parte, este último tiene las siguientes obligaciones con José: (1) reparar cinco televisores; (2) reparar tres televisores, con cargo a una penalidad del 2% del valor de reparación por cada día de retraso; y (3) reparar cuatro televisores, habiendo entregado a José un equipo de sonido como garantía prendaria. Asumimos que los televisores son todos de la misma marca y

las especificaciones técnicas de las reparaciones a realizarse revisten características muy similares, es decir, los objetos de las prestaciones de estas obligaciones de hacer son fungibles entre sí.

En este supuesto, cualquiera de los dos podría oponer la compensación, puesto que las deudas de ambas partes son exigibles, además de recíprocas y líquidas. A falta de manifestación expresa por parte de quien opone la compensación acerca de a cuál deuda la imputa, o no existiendo acuerdo sobre tal imputación, sería aplicable lo establecido por el artículo 1259. Así, la obligación de José se extinguiría, aplicándosela a las deudas de Pedro de la siguiente forma: (1) a la totalidad de la obligación de reparar tres televisores sujeta a una penalidad del 2%, por ser la más onerosa para el deudor; (2) a la totalidad de la obligación simple de reparar cinco televisores, ya que es menos onerosa para Pedro; y (3) parcialmente a la obligación de reparar televisores con garantía prendaria, la que por encontrarse protegida con garantía real, es improbable que quede impaga en caso de insolvencia de Pedro. Esta obligación se reduciría a la reparación de dos televisores.

## 8. INTANGIBILIDAD DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS POR EFECTO DE LA COMPENSACIÓN

El supuesto del artículo 1294 del Código Civil Peruano es de aplicación a todos los casos en los cuales hubiese surgido un derecho de tercero respecto de uno de los créditos que se quieran compensar. La norma excluye expresamente la posibilidad de que cualquier tercero se vea perjudicado en sus derechos adquiridos sobre alguno de los créditos compensables:

> Artículo 1294.- *«La compensación no perjudica los derechos adquiridos sobre cualquiera de los créditos».*

El titular debe tener, como sabemos, la libre disponibilidad de su crédito; en otras palabras, ambas deudas deben estar expeditas para sus titulares, es decir, libres de cualquier traba legal o estorbo alguno, sin que se encuentre de por medio el interés de terceros que puedan oponerse legítimamente al pago. De existir tal interés, ya no cabría la compensación, pues la finalidad de esta figura es, por un lado, evitar el circuito inútil de prestaciones, y, por otro lado, fungir como garantía; la compensación no ampara el abuso del derecho ni contra una de las par-

tes, ni contra los terceros que eventualmente pudieran salir perjudicados con la operación. La ley no ampara el perjuicio a los derechos adquiridos —por terceras personas— sobre cualquiera de los créditos.

La compensación es un medio de pago entre personas recíprocamente acreedoras y deudoras; entonces para los terceros la operación es *res inter alios acta*.

Consideramos que si la compensación no fue opuesta por ninguna de las partes, a pesar de cumplir con todos los requisitos (entre ellos el de exigibilidad), y un tercero llegase a trabar embargo contra uno de los créditos compensables, tal embargo constituiría un derecho adquirido, el cual se encontraría protegido por el artículo 1294. No podría ninguna de las partes oponer la compensación después de trabado el embargo, y pretender que se declarase la retroactividad de la compensación a la fecha de coexistencia de ambas obligaciones.

Caso distinto sería si, opuesta la compensación por una de las partes, y contradicha tal invocación ante el Poder Judicial, el embargo se trabara antes de la emisión de la sentencia. Suponiendo que la resolución judicial declarase la validez de la compensación, en este caso sí quedaría sin efecto el embargo, ya que la compensación habría operado válidamente desde que fue opuesta.

Por otro lado, el que la compensación no sea posible (en caso de haberse vuelto exigible el crédito con posterioridad al embargo; o habiendo sido exigible dicho crédito antes de aquél, pero recién se hubiera invocado la compensación después de trabado tal embargo) no implica que el deudor pierda su derecho a concurrir con el acreedor embargante al pago del saldo del crédito no embargado, pues siempre se consideran en primer lugar los derechos adquiridos.

Conviene señalar que el Código Civil Peruano de 1984 regula la compensación como un medio extintivo de obligaciones. A esa idea debemos agregar que la compensación puede considerarse, en algunos casos, como un medio extintivo en estricto (en el sentido de que importa la desaparición de las obligaciones) y, en otros, como un medio extintivo parcial.

Resulta oportuno observar que cuando la cuantía de las prestaciones recíprocas es idéntica y la compensación se verifica, tales obligaciones se extinguen totalmente. De allí que esta figura pueda catalogarse

como un medio extintivo en estricto. Sin embargo, cuando el valor de las prestaciones recíprocas es diverso, la deuda o deudas de mayor valor se extinguen parcialmente, hasta donde alcance la menor o las menores, de suerte que la compensación parcial constituye tan sólo un medio extintivo parcial.

## 9. RENUNCIA A LA COMPENSACIÓN

Antes de culminar nuestra revisión de esta figura, resulta pertinente analizar brevemente la posibilidad de renunciar a la compensación.

Sabemos que la compensación opera sobre la base del ejercicio voluntario —de una o de ambas partes— del derecho a extinguir o reducir su deuda con su acreencia recíproca, en una operación de tipo «doble pago ficto» cuyas características son más contables que de ejecución en sí. Por ende, uno de los aspectos más importantes de esta figura radica en el arbitrio de cada una de las partes para ejercer esa atribución, según su conveniencia, pudiendo optar ya por la neutralización de dichas obligaciones recíprocas vía compensación, ya por el mantenimiento de los respectivos créditos, conservando de esta forma la independencia de las obligaciones.

Nadie más que las partes directamente involucradas, quienes detentan obligaciones recíprocas, pueden oponerla; ni el juez ni el árbitro pueden declararla de oficio, así como tampoco pueden alegarla los codeudores solidarios.[165]

Siendo facultativa la compensación, es evidente que también puede ser objeto de renuncia.

La renuncia puede manifestarse expresa o tácitamente. La renuncia expresa se puede realizar, como veremos, en cualquier momento desde el nacimiento de la obligación hasta su ejecución, en tanto que la manifestación tácita de la voluntad de renunciar a la compensación es un acto o una conducta que se produce con posterioridad al nacimiento de la obligación.

---

165 La única excepción estaría dada en el caso de los garantes, quienes sí se encuentran facultados para oponer unilateralmente la compensación de la deuda que están garantizando con el crédito que el deudor principal tenga contra el acreedor. Sobre el tema, nos remitimos a lo expuesto en el análisis correspondiente al artículo 1291.

### 9.1 Renuncia expresa

Así como invocar la compensación es una atribución discrecional de las partes, su renuncia a ella también lo es. Concurriendo las condiciones previstas por la ley para que opere la compensación unilateral, el ejercicio de su renuncia por una de las partes no se encuentra bajo el control de la otra. Esta renuncia, que siempre es voluntaria, se realiza en forma expresa cuando sus términos son explícitos.

La renuncia expresa puede originarse en un convenio celebrado entre ambas partes —bilateral— o mediante declaración unilateral.

Nuestra norma positiva regula la renuncia expresa bilateral en la última parte del artículo 1288 del Código Civil vigente, donde se establece —en forma semejante al Código derogado— la exclusión de la compensación por «común acuerdo».

Nos resulta reiterativa la inclusión en la norma de la posibilidad de renunciar por acuerdo de voluntades, ya que, no siendo la compensación —al igual que la prescripción— de orden público sino de exclusivo interés privado, no estando, pues, impuesta por la ley, e indicando el citado precepto el requisito de su oposición unilateral —con lo cual se consagra su carácter voluntario—, entonces es evidente que el acuerdo de su renuncia forma parte de la libertad contractual, por medio de la cual las partes pueden determinar el objeto del acto jurídico.

El convenio de renuncia a la compensación puede celebrarse al momento de constituirse las obligaciones respectivas, no siendo necesario que se encuentre pactado en ambas. Bastará que en una de ellas se haya estipulado dicha renuncia, para que ya no se pueda compensar con la otra (aunque ésta última no contemple la renuncia). Así, un contrato de compraventa puede contener válidamente una cláusula en la que se acuerda la no compensación del pago con alguna otra obligación existente o futura entre el vendedor y el comprador. En mérito de este contrato, el comprador no podrá oponer la compensación de su prestación aunque venza una obligación de su acreedor para con él que reúna todos los requisitos exigidos por la ley para la compensación unilateral.

Asimismo, la renuncia a la compensación se puede concertar ulteriormente a la constitución de las respectivas obligaciones. Puede convenirse en cualquier momento: antes de ser tales obligaciones exigibles o cuando ya son exigibles. Inclusive, cuando una de las partes

—por ejemplo, mediante carta notarial— opone la compensación a la otra, y esta última la convence de que renuncie a dicha compensación —manteniéndose así la independencia de ambas obligaciones—, pueden dejar sin efecto tal compensación (evidentemente, antes de que surta sus efectos) y convenir su exclusión.

Con el fin de concertar la exclusión o renuncia de la compensación, resulta indiferente si concurren o no los requisitos exigidos por la ley para oponerla.

Como hemos señalado, se puede renunciar a la compensación por acuerdo bilateral o mediante declaración unilateral. En este último caso, la parte que no renunció mantiene su derecho a invocar la compensación.

Por ejemplo, si María y Pedro tuvieran dos obligaciones recíprocas compensables, podrían darse los siguientes supuestos:

(a) Sólo María renunció expresamente a oponer la compensación. En este caso, únicamente Pedro podría oponer dicha compensación (y viceversa).

(b) Si ambas partes renunciaron a la compensación por convenio bilateral o mediante dos declaraciones unilaterales independientes, ninguna podría oponerla. La única posibilidad de que se produzca la compensación sería que ambas partes acuerden dejar sin efecto el convenio bilateral de renuncia, o que una de ellas faculte a la otra a invocarla.

Finalmente, se debe interpretar la renuncia en forma limitativa al crédito al que concierna; empero, por las mismas razones, no habría inconveniente en que se produzca una renuncia de carácter general.

### 9.2 Renuncia tácita

Las partes también pueden renunciar a la compensación de manera tácita, es decir, sin que medie declaración expresa que indique explícitamente tal voluntad.

Esta característica remarca —una vez más— el carácter privado y voluntario de la compensación.

En el propio ordenamiento jurídico francés se contempla la posibilidad de renunciar expresa o tácitamente a la compensación, aunque —contradictoriamente— en este sistema rige la compensación legal o de pleno derecho (forzosa). No nos resulta coherente que, habiendo ya producido la compensación sus efectos extintivos, desde el instante en

que concurrieron ambas obligaciones bajo las condiciones exigidas por la ley (es decir, no existiendo ya ninguna de ambas deudas o, por lo menos, habiéndose extinguido una de ellas —la de menor cuantía— y reducido la otra en la medida de la inferior), pueda una de las partes renunciar tácitamente a ella.

No sólo nos parece inconveniente por el hecho de retrotraer efectos ya producidos —con el evidente peligro de incertidumbre para terceros—, sino principalmente porque si existe la facultad de renunciar a la compensación en forma unilateral o bilateral, expresa y hasta tácita, no tiene sentido que revista carácter de obligatorio o de «pleno derecho».

La renuncia tácita se puede efectuar por medio de hechos, de los cuales ella se deduzca necesaria e inequívocamente. Siendo la facultad de oponer la compensación un derecho establecido por la ley, su renuncia no puede ser objeto de una interpretación arbitraria que pueda adolecer de vaguedades e imprecisiones, por lo que el acto de la parte renunciante debe ser muy claro y puntual.

El hecho de que José, en lugar de oponer a Eduardo la compensación a la cual está facultado, le solicite la entrega de su prestación, no significa que esté renunciando tácitamente a la compensación, pues podría ser que desconozca esta posibilidad o que pretenda provocar a Eduardo para que sea éste quien la invoque. Basta que haya más de una posible interpretación de su actuar para que no se pueda presumir la renuncia a este derecho.

Pero si siguiendo con el mismo ejemplo, al conocer Eduardo la petición de pago de José le paga, este acto importa una verdadera renuncia a la compensación. El crédito que tiene contra José se mantiene y la forma de cobrarlo será la de cualquier deuda pendiente, es decir, podrá hacerlo efectivo por los demás cauces que ofrece la ley. Igualmente ocurriría si José decidiera pagar su deuda apenas ésta se volviese exigible, sin haber siquiera solicitado el pago de la suya a Eduardo. En cualquier caso, el pago siempre implicaría una renuncia tácita a la compensación.

Otra forma de renuncia tácita se da cuando el deudor consiente en que el acreedor ceda su crédito a un tercero, supuesto que se encuentra contemplado en el artículo 1292 del Código Civil.

En este caso, el deudor no podrá oponer al cesionario la compensación que hubiese podido oponer al cedente. Debemos resaltar que la compensación sólo queda descartada de existir aceptación por parte del deudor.

No debe interpretarse como renuncia tácita el silencio del deudor respecto a la compensación, cuando es demandado por el acreedor. Si el deudor no opone de inmediato la compensación al recibir la notificación de la demanda, esto puede obedecer a que pretenda deducirla en otra fase del juicio, ya que procesalmente podría hacerlo cuando el proceso pende de apelación o en la etapa de ejecución de la sentencia que se hubiera pronunciado.

Por último, ya sea manifestada en forma expresa o tácita, la renuncia a la compensación no puede hacerse en fraude de los acreedores, quienes en este supuesto están facultados para intervenir oponiendo la compensación que su deudor no opuso.

Esta atribución que el Derecho otorga a los acreedores pareciera no encajar en los principios generales de la compensación, según los cuales la facultad de oponer la compensación se encuentra dentro del ámbito de libertad del deudor, además de ser un derecho personalísimo (con la sola excepción de la oposición de la compensación por el garante del deudor principal, como vimos anteriormente).

Sin embargo, la norma no interfiere con el uso, sino que sanciona el abuso de la libertad del deudor para oponer la compensación, en resguardo de los intereses de sus acreedores.

El ejercicio abusivo de un derecho debe estar siempre controlado por el sistema, en cualquiera de sus modalidades, y la compensación no es la excepción. Por tanto, los acreedores de cualquiera de las partes tienen la facultad de subrogarse a ellas con el propósito de deducir la compensación, siempre y cuando el deudor pasible de sustitución actúe fraudulentamente al haber optado por dicha abstención, y que tal compensación remedie ese fraude.

# Título V
# CONDONACIÓN

## 1. CONSIDERACIONES GENERALES

La condonación constituye otra de las formas de extinción de las obligaciones previstas por el Código Civil.

En el ámbito del Derecho Civil, condonar es perdonar una deuda o, en expresiones distintas, renunciar a un crédito, con la anuencia del deudor. Así, cuando el acreedor perdona una deuda, y el deudor conviene en ello, se extingue la obligación a cargo de este último.

Son múltiples las definiciones de la doctrina sobre el tema. Con sus variantes, todas ellas siguen la misma línea en cuanto al fondo.

La doctrina mayoritaria se centra en el *animus donandi* del acreedor y en el subsecuente acto de renuncia a su crédito. Pero ¿qué sucede si el deudor no desea ser condonado, es decir, qué pasa con el derecho de toda persona a *pagar* su deuda, a cumplir con su obligación? Dicho de otro modo, ¿dónde se encuentra el principio de no afectación a terceros con nuestros actos?

La gratuidad implica una liberalidad por parte del acreedor, quien se encuentra realizando un acto parecido a la donación, pero no respecto a un bien, sino en relación a un crédito, en favor de la misma persona que está obligada a satisfacerlo. Asimismo, el sujeto a ser beneficiado con tal renuncia (*v. gr.* el deudor) debe prestar su asentimiento, pues el pagar las propias deudas constituye un derecho.

No entraremos a detallar las múltiples razones (muchas no relevantes para el Derecho) que pueda tener una persona para mantener su

débito, o los motivos por los cuales prefiera honrar su deuda, pero lo cierto es que tiene la potestad soberana y absoluta de optar por pagar su deuda o aceptar, en el caso de un ofrecimiento de condonación por su acreedor, no pagarla. Los favores, así como los regalos y, en general, los actos de beneficencia, no se imponen a quien no desea recibirlos; lo contrario sería avasallar a la persona en su dignidad personal. Por ello, la norma del Código Civil establece que la condonación de la deuda es un acto bilateral («la condonación de la deuda efectuada de común acuerdo entre el acreedor y el deudor [...]»), ya que requiere de convenio entre ambas partes; de lo contrario, no tendrá validez ni surtirá efecto, es decir, no extinguirá la obligación.

Así, por mucho que el acreedor insista en no cobrar su crédito y se lo comunique a su deudor por medio de diversas vías (personalmente, por teléfono, por facsímil, por correo electrónico, por carta notarial, etc.), si no hay respuesta por parte del deudor en sentido afirmativo, la obligación subsistirá y el deudor mantendrá su derecho a pagarla, consignando la prestación en caso necesario. Por ello, desde que la condonación implica consentimiento entre acreedor y deudor, esta figura supone un contrato.

## 2. EXTINCIÓN DE OBLIGACIÓN POR CONDONACIÓN

De acuerdo a lo prescrito en el artículo 1295 del Código Civil, a fin de que la condonación surta su principal efecto (cual es extinguir la obligación), se requiere su probanza. Por esta razón, tal probanza debe ser clara y objetiva (vía contrato escrito, o algún signo visible, como la devolución del documento original en que consta la deuda), pudiendo ser material o inmaterial, pero inequívoca:

> Artículo 1295.- *«De cualquier modo que se pruebe la condonación de la deuda efectuada de común acuerdo entre el acreedor y el deudor, se extingue la obligación, sin perjuicio del derecho de tercero».*

Siendo la condonación una renuncia del acreedor —aprobada por el deudor— a un crédito, viene a ser un acto de disposición, por lo que se debe prestar atención a los derechos de terceros, los mismos que no deben ser vulnerados. Sería el caso, por ejemplo, de Antonio, quien tiene un crédito exigible a su favor por 8,000 nuevos soles, que

Ana le debe pagar. Imaginemos que los ingresos de Antonio tan sólo le alcanzan para cubrir sus necesidades básicas, sin posibilidades de generar ahorros, y que además tenga dos acreedores cuyos créditos han vencido y se mantienen aún impagos. En este supuesto, dado que la única forma en que Antonio pueda honrar su deuda es cobrando la suma que Ana le adeuda, la condonación de la deuda de Ana atentaría contra los derechos de dichos acreedores y, en este caso, Antonio no estaría en aptitud de renunciar a intereses ajenos.

Lo mismo ocurriría en el supuesto de Pedro, viudo y padre de dos menores, único sostén del núcleo familiar. Si Pedro estuviese atravesando por una delicada situación económica y condonara una deuda, atentaría contra los intereses y derechos de su familia, perjudicando a terceros con su renuncia, la misma que no sería posible por afectar los intereses colectivos. Caso distinto sería si su situación económica le permitiera disponer de tal suma alterando insignificantemente su patrimonio.

Es conveniente precisar, aunque podría parecer evidente, que el término «deuda» en el numeral 1295 no se circunscribe a obligaciones de dar, sino que abarca también a las obligaciones de hacer y a las de no hacer.

Si Pablo está obligado con Rosa a realizar un trabajo de fumigación en el jardín de ésta, podría ocurrir que Rosa, movida por un sentimiento de compasión, dada la mala salud de aquél, decidiese condonarle tal deuda. En ese caso, ella debería informar a él sobre su decisión y recibir su conformidad. De esa manera, se extinguiría la obligación de hacer de Pablo.

Como dijimos, la condonación es un acto bilateral, requiriéndose no sólo la manifestación de voluntad del acreedor, sino la aceptación del deudor, hasta cuyo momento no opera el efecto extintivo de la obligación. Queremos reiterar la importancia del asentimiento del deudor, ya que éste tiene derecho a cumplir su obligación. En caso contrario dicho deudor podría salir perjudicado no sólo moral sino económicamente, en particular cuando se trata de obligaciones de hacer.

Por ejemplo, veamos el caso de Martín, cantante que se encuentra iniciando su carrera artística, quien es contratado por la empresa productora «Estrellas» para dar una función especial, conjuntamente con tres conocidos cantantes, en el Teatro «Ópera», acordando que su pago

no será por concepto de ingresos por taquilla, sino una suma específica, la misma que «Estrellas» le abona por adelantado. Aquí la empresa ya cumplió con su prestación, quedando pendiente sólo la obligación de Martín consistente en cantar cinco canciones en el transcurso de las dos horas que durará el espectáculo.

Es claro que a Martín no sólo le interesa el pago recibido, sino fundamentalmente cumplir con su obligación, puesto que hacerlo le reportará beneficios mayores a su carrera.

Más aún, tomando en cuenta esta oportunidad realiza por su cuenta una campaña de publicidad y promoción, haciendo mención expresa del evento a realizarse.

Si en la víspera de la función, «Estrellas» le comunicara su decisión de condonarle la deuda, y que, por tanto, se encuentra exonerado de la obligación de cantar, resultaría poco probable y hasta extraño que Martín se considerase beneficiado con semejante «liberación», aun conservando el monto pagado anticipadamente por «Estrellas». Es necesario, por ello, que el deudor tenga la facultad de elegir entre cumplir con su prestación o aceptar la remisión de la deuda.

En la eventualidad de que Martín no aceptara la condonación, no podría exigir forzadamente a «Estrellas» que lo dejara ingresar al Teatro para actuar la noche de la función, ya que tendría que emplear violencia a fin de lograrlo. Resulta obvio que en este caso Martín, además de tener el derecho a conservar la suma pagada por la empresa promotora de espectáculos, podría demandarla por los perjuicios sufridos al cancelar su participación en el concierto, los que se habrían derivado de la frustración de sus expectativas de promoción.

## 3. CONDONACIÓN DE UNO DE LOS GARANTES. EFECTOS

Sabemos que la condonación de la deuda por el acreedor en favor del deudor y aceptada por éste, extingue la obligación (argumento del artículo 1295). Esto implica la extinción de la deuda con todas sus garantías, ya que, como sabemos, lo accesorio sigue la suerte de lo principal. Empero, el artículo 1296 contempla el supuesto de que el acreedor celebre un convenio de condonación no con el deudor, sino con uno de sus garantes. De ser éste el caso, las consecuencias serán que la obligación del deudor se mantendrá plenamente vigente, así como las de los

demás garantes, pero la obligación del garante sujeto de la condonación se habría extinguido, con las limitaciones que luego analizamos.

El texto del artículo 1296 es el siguiente:

> Artículo 1296.- «*La condonación a uno de los garantes no extingue la obligación del deudor principal, ni la de los demás garantes.*
>
> *La condonación efectuada a uno de los garantes sin asentimiento de los otros aprovecha a todos, hasta donde alcance la parte del garante en cuyo favor se realizó*».

El artículo 1296 regula la situación en que exista más de un garante, ya que, si la obligación estuviera garantizada por uno solo y esta garantía fuese condonada por el acreedor, es claro que se extinguiría la totalidad de la garantía, subsistiendo la obligación a cargo del deudor. En cambio, la relación obligacional es más compleja en caso de que existan varios garantes, por lo que resulta necesario establecer la situación de quienes no fueron condonados.

Si hubiese otros garantes además de aquél cuya garantía se hubiese condonado, dicha condonación no surtirá efectos respecto a los demás garantes y, en tal virtud, seguirán garantizando el cumplimiento de la deuda. No se extingue, en consecuencia, la obligación de los demás garantes.

En caso de existir garantía mancomunada, la responsabilidad de los garantes no abarca el íntegro de la deuda asumida por el deudor principal, sino cada uno de ellos responderá exclusivamente por su cuota parte, autónoma y diferente de las demás, no resultando ninguno afectado por la condonación en favor de alguno de los otros.

Así, imaginemos que José, Martín y Pedro son garantes mancomunados del crédito que Ana tiene a su favor contra Antonio (este último es el deudor principal). Suponiendo que la deuda asciende a 15,000 nuevos soles y que los garantes se obligaron por partes iguales, entonces cada uno de ellos es responsable por 5,000 nuevos soles. Si Ana liberase a José de su garantía, la situación de Martín y la de Pedro no variaría: ambos seguirían respondiendo por sus montos originales, es decir, por 5,000 nuevos soles cada uno. Ana no podría exigir más de esta suma a cada uno de ellos.

Vale la pena reiterar que, en ese caso, en nada se altera la obligación principal a cargo del deudor (Antonio).

Ahora bien, tratándose de garantía solidaria la situación es distinta. Aquí habría que preguntarse si la condonación a uno de los garantes solidarios puede aprovechar o perjudicar a los demás garantes. Para ello, debemos distinguir si la condonación ha sido realizada contando con el asentimiento de los otros garantes o si se llevó a cabo sin tal asentimiento.

Si la condonación operada en favor de uno de los garantes solidarios hubiese sido hecha contando con el asentimiento de los demás garantes, sólo aprovecharía al garante que la hubiese celebrado con el acreedor. Esto quiere decir que los garantes solidarios restantes continuarían respondiendo por el total de la garantía, ya que se entiende que prestaron su consentimiento con el fin de exceptuar de responsabilidad al liberado, asumiendo ellos dicha carga. En el mismo ejemplo anterior, si la fianza hubiera sido solidaria y la condonación de José hubiese contado con el asentimiento de Martín y de Pedro, estos últimos seguirían garantizando solidariamente la obligación por 15,000 nuevos soles.

Si, por el contrario, dicha condonación hubiera sido realizada sin el asentimiento de los otros garantes (término que incluye los supuestos en que no se hubiese comunicado dicha condonación a los otros garantes o que, comunicándola, éstos guardaran silencio o se pronunciaran contrarios a la misma), aprovecharía a todos los garantes, hasta donde alcance la parte del garante en cuyo favor se realizó. Es decir, cuando los garantes son solidarios y se libera a uno de ellos sin el consentimiento de los otros, los demás detraen de la garantía la parte que tocaba al liberado, por lo que les aprovecha parcialmente. A pesar de no haber sido establecido de manera expresa por el Código Civil, consideramos evidente que dicho aprovechamiento será proporcional a los montos garantizados por los garantes favorecidos en las relaciones internas entre ellos.

Así, en este supuesto, la condonación de Ana a José, realizada sin el asentimiento de Martín ni de Pedro (garantes solidarios), reduciría el monto total de la garantía de 15,000 nuevos soles a 10,000 nuevos soles, pues se restaría el monto correspondiente al garante respecto a quien se ha producido el perdón.

Por último, si alguno de los garantes es insolvente, ¿qué responsabilidad tendría el garante a quien le condonaron su garantía? Si dicha

condonación se produjo con el asentimiento de los demás garantes, no tendría responsabilidad alguna; pero, en caso contrario, compartiría, en su proporción original de las relaciones internas entre los garantes, la parte del insolvente.

## 4. CONDONACIÓN DE DEUDA

La presunción contenida en el artículo 1297 del Código Civil en el sentido de que hay condonación tácita de la deuda cuando el acreedor entrega al deudor el documento original en que consta aquélla, salvo que el deudor pruebe que la ha pagado, resulta de delicada interpretación, ya que aplicar su texto literalmente podría acarrear consecuencias no deseadas por el Derecho. Por ello, lo analizaremos de manera cuidadosa.

El texto del referido numeral es el siguiente:

> Artículo 1297.- «*Hay condonación de la deuda cuando el acreedor entrega al deudor el documento original en que consta aquella, salvo que el deudor pruebe que la ha pagado*».

Conviene advertir que la norma en cuestión amerita una interpretación delicada que ponga énfasis en el hecho de que, para que en efecto se configure, se debe cumplir con una serie de condiciones, toda vez que debe destacarse que la presunción es *iuris tantum*, pues admite prueba en contrario.

Así, no se puede aplicar su texto literalmente ya que ello podría acarrear consecuencias no deseadas por el Derecho. Por esa razón, lo analizaremos de manera cuidadosa.

Ese análisis nos orienta a advertir que, en tanto las renuncias no se presumen, la norma, como veremos, establece expresamente el acto o la acción concreta y puntual que debe realizar el acreedor para que se genere tal presunción.

El referido precepto señala que la simple entrega al deudor por parte del acreedor del documento original en que consta la deuda, constituye remisión de la misma, con la única salvedad de que se permite, en su caso, que el deudor pruebe el pago.

Para que el supuesto se configure y se le puedan aplicar las consecuencias jurídicas propias de la condonación, a saber, la extinción de la obligación, es indispensable que se cumplan tres condiciones.

En primer lugar, que la entrega del documento original haya sido hecha voluntariamente. En segundo lugar, que la entrega haya sido hecha por el propio acreedor, pues sólo de esta forma podría haber motivo para establecer la presunción de que trata la ley. Y, en tercer lugar, que la entrega haya sido realizada al mismo deudor. Si el documento fue entregado a otra persona, no sería claro ni indubitable que la intención del acreedor fue la de liberar gratuitamente al deudor; el documento podría haber sido entregado en calidad de depósito o para que el tercero se encargara de cobrarlo.

Por otro lado, consideramos que la salvedad a la presunción expresada en la propia norma («salvo que el deudor pruebe que la ha pagado») es adecuada, ya que si bien la obligación igualmente se extingue, sea por condonación o por pago, es evidente que al deudor que pagó le podría resultar más conveniente, no sólo para efectos de imagen de solvencia y de credibilidad personal, sino para la seguridad de su propio pago (suponiendo que su acreedor tuviera a su vez otros acreedores que no estuviesen de acuerdo con la condonación, o que se considerara posteriormente inoficiosa, reputándose como donación), que quede establecida la extinción de la obligación por un cumplimiento adecuado. En este caso su posición como deudor sería incuestionablemente más firme que la que tendría si la deuda le hubiere sido perdonada.

A nadie que paga le interesa ni conviene, en principio, que se crea que su deuda se extinguió en virtud de una condonación. Por ello la norma contiene una presunción *iuris tantum* para el deudor, es decir, que está en este último probar que no ha habido condonación. No basta que el deudor alegue que ha pagado, sino que debe demostrarlo aportando las pruebas que correspondan, destinadas a acreditar que la entrega del documento ha sido consecuencia del pago realizado por él.

En opinión nuestra, para resumir lo dicho, la prueba en contrario de esta presunción corre tanto de cargo del deudor (a quien interesa demostrar que la extinción de la obligación obedeció a su pago), como de cargo del acreedor, al que correspondería probar que si entregó el documento original en que consta la obligación, no fue con intención de condonarla.

Cabe señalar que en el ámbito mercantil no se presume la condonación de la deuda, ni tampoco el pago de la misma con la entrega de las facturas por los comerciantes a sus deudores, a pesar de constituir

aquéllas documentos originales, pues en estos casos las facturas deben contener una inscripción que indique que se encuentran canceladas.

Ahora bien, analizando la propia presunción, podría parecer inadecuado que la misma sólo admita prueba en contrario por parte del deudor, porque se trataría, a primera vista, de una presunción *iuris tantum* para el deudor y *iuris et de iure* para el acreedor. La norma no señala qué ocurre en caso de que el acreedor, por cualquier otra razón que no sea la remisión o condonación de la deuda, entregue al deudor el título en que consta aquélla. Consideramos, por las razones que expondremos a continuación, que el verdadero espíritu de la norma es el de una presunción *iuris tantum,* tanto para el acreedor como para el deudor.

## 5. CONDONACIÓN DE LA PRENDA. PRESUNCIONES

Antes analizar lo prescrito por los artículos 1298 y 1299 del Código Civil, ambos dedicados a regular el tema de la condonación de la prenda, consideramos necesario aclarar que los mismos, no obstante la entrada en vigencia (30 de mayo de 2006) de la Ley de la Garantía Mobiliaria (Ley n.° 28677), aún se encuentran vigentes.

Aunque una visión preliminar y superficial podría llevarnos a la conclusión de que la Ley de la Garantía Mobiliaria ha derogado implícitamente dichos preceptos, por haber derogado el Título del Libro de Derechos Reales dedicado a la prenda, así como las normas especiales sobre la materia, lo cierto es que sólo ha limitado tácitamente sus alcances.

En nuestra opinión, las normas contenidas en los artículos 1298 y 1299 del Código Civil no se encuentran derogadas, en la medida en que la prenda, aunque ya no está regulada como una garantía típica, no ha sido prohibida y, en consecuencia, es perfectamente factible pactarla.

Nuestra posición encuentra sustento en la propia Ley de la Garantía Mobiliaria, ya que al establecer en su segunda disposición final que las demás garantías sobre bienes muebles se regirán supletoriamente por lo que ella dispone, está aceptando la existencia y validez de aquéllas, entre las que se encuentra la prenda.

Sin perjuicio de lo anterior, resulta evidente que no podría pactarse la prenda sin desplazamiento o prenda con entrega jurídica, en tanto la

Ley de la Garantía Mobiliaria se ha encargado de eliminar los registros en donde ella antes se inscribía.

La celebración de un contrato que obligue a constituir un derecho real de garantía prendaria requiere, para su validez, la entrega del bien materia del mismo, constituyendo ésta, a nuestro modo de ver, la garantía mobiliaria más eficaz que existe en nuestros días.

Con estas premisas, nuestro análisis de los artículos 1298 y 1299 se va a centrar en lo que se conoce como «prenda con desplazamiento», por ser ésta la única viable en nuestro sistema de garantías vigente.

Al ser claro que la obligatoriedad de la entrega al acreedor o a un tercero del bien objeto de garantía prendaria, es la esencia de la prenda, resta por preguntar qué ocurre si una vez entregado el bien al acreedor o a un tercero y constituida la prenda, dicho bien es devuelto al deudor.

Si se produce la devolución del bien por el acreedor al deudor, propietario del mismo, esta devolución hará presumir que la prenda se ha extinguido. Lo mismo sucedería si la devolución la efectúa un tercero, cumpliendo instrucciones del acreedor.

En realidad, existen dos presunciones que caminan juntas: una, el carácter voluntario de la devolución de la prenda al deudor, y otra (en concordancia con el artículo siguiente), que tal devolución voluntaria únicamente determina la condonación de la prenda.

La primera de ellas se encuentra regulada en el artículo 1298 del Código Civil, cuyo texto es el siguiente:

> *Artículo 1298.- «La prenda en poder del deudor hace presumir su devolución voluntaria, salvo prueba en contrario».*

La presunción allí establecida es claramente *iuris tantum*, condición jurídica establecida en forma expresa por la norma —dada la frase final «salvo prueba en contrario»—, previéndose la posibilidad de que la devolución de la prenda no hubiera sido voluntaria, sino hecha sin asentimiento del acreedor. De ser éste el supuesto, resulta claro que el acreedor perjudicado tendría la posibilidad de demostrarlo, para que no se generen los efectos jurídicos previstos por el precepto.

Es decir, se presume que el acreedor entregó al deudor el bien prendado por su propia voluntad, a menos que se pruebe lo contrario.

Entonces, es el acreedor quien debe demostrar la sustracción o despojo del bien por parte del deudor, por haber sido inducido a ello, forzado o como víctima de una apropiación indebida, etc. Si no puede probarlo, opera la presunción de que lo entregó voluntariamente.

La segunda presunción, involucrada con la primera, es que dicha devolución voluntaria implica la condonación de la prenda. Así, el artículo 1229 señala lo siguiente:

> *Artículo 1299.– «La devolución voluntaria de la prenda determina la condonación de la misma, pero no la de la deuda».*

La referida norma no establece aquí salvedad alguna que permita admitir prueba en contrario, pero siguiendo una lógica similar a la del artículo 1298 del Código Civil, sí consideramos que tal posibilidad se halla en el espíritu de la ley y en la racionalidad del sistema. Entendemos que elementales principios de seguridad jurídica deben proteger al deudor contra la volubilidad o la prepotencia del acreedor, quien luego de condonada la prenda mediante su entrega, pudiera pretender decidir unilateral y arbitrariamente que el bien continúe pignorado.

El legislador no optó por proteger al deudor antes que al acreedor porque considere al primero como «parte débil» y al segundo como «parte fuerte» de la relación obligacional, ya que este argumento carece de sustento racional. La opción del legislador tiene sus cimientos en los usos y costumbres de las personas. Es mucho más frecuente que la prenda en poder del acreedor se mantenga en posesión de éste hasta el final, es decir, hasta el cumplimiento íntegro de la obligación principal. Por algo es garantía. La única razón, desde una óptica lógica, por la que el acreedor devuelve la prenda por su propia voluntad, es o bien por la extinción de la obligación principal, o porque desea condonar la garantía prendaria.

En el caso analizado de la prenda, es la tradición (o entrega) del bien objeto de la misma, lo que da vida jurídica a dicho derecho real de garantía. Un acreedor juicioso y razonable no devuelve a su deudor, por tanto, el bien que prueba y sustenta su derecho de garantía, a menos que ya no desee conservar el *status* de acreedor prendario. Hay que recordar que el acreedor que tiene en su poder un bien del deudor como garantía, está obligado a cuidarlo y a conservarlo en las mismas condiciones en que le fue entregado, siendo responsable por cualquier

daño o deterioro; esto es porque se convierte en un depositario del bien, con todas las obligaciones que ello implica.

Ahora bien, ¿qué ocurre en caso de que el acreedor, efectivamente, haya hecho entrega voluntaria al deudor del bien dado en prenda, pero que el ánimo de tal actuar no haya sido el de la condonación de la garantía prendaria? Podría haber sido inducido con engaño a entregar al deudor el bien. Por ejemplo, si de buena fe se lo «prestó» al deudor por un período determinado (podría ser hasta por unas pocas horas) y luego, al pretender recuperarlo, el deudor alega que le fue devuelto y, por tanto, condonada la garantía, y que por ello lo puede conservar. En este caso, según la norma bajo análisis, se presume la condonación, pero evidentemente que sería posible la prueba en contrario, por ejemplo, si el acreedor actuó diligentemente e hizo firmar al deudor un documento en el que constara la razón de la entrega temporal a éste del bien.

Es opinión nuestra que, a pesar de los posibles problemas y críticas que se puedan hacer a esta presunción, la naturaleza de la prenda con entrega física (prenda tradicional), cuya racionalidad es la de proteger al acreedor y a los terceros (ya que la posesión constituye una publicidad imperfecta, es decir, que si el deudor conserva una prenda de este tipo en su poder tiene reunidas la propiedad y la posesión sobre el bien y podría volverlo a gravar e inclusive enajenarlo sin que el nuevo adquirente tenga la menor idea de las cargas que pesen sobre él), hace que siga siendo más eficiente conservar esta obligatoriedad de la entrega y conservación del bien en poder del acreedor mientras dure la garantía. Una presunción como ésta desincentiva al acreedor a entregar al deudor el bien hasta que la garantía se extinga, lo cual, indudablemente, es más eficiente.

De otro lado, es importante resaltar que la condonación de la prenda no implica la condonación de la obligación.

La prenda constituye una garantía real, esto es, un accesorio de la obligación principal, razón por la cual la devolución del bien pignorado determina la extinción de dicho derecho real de garantía, pero no la extinción de la obligación principal. Lo accesorio sigue la suerte de lo principal, pero lo principal no sigue, necesariamente, la suerte de lo accesorio. Por tal razón, si bien se extingue la garantía, permanece intacta la obligación. La única salvedad la constituiría el acuerdo entre

partes, como, por ejemplo, si en el contrato se establece que extinguida la garantía la obligación principal también se extingue.

Hemos dicho que la devolución del bien pignorado «hace presumir» la condonación de la prenda, lo cual es bastante distinto a señalar que la devolución de dicho bien «determine» la condonación de la prenda, que corresponde a la terminología empleada por el Código. Esta última fórmula nos parece no sólo exagerada, sino hasta peligrosa. Es algo así como una presunción *iuris et de iure*, es decir, que no admite prueba en contrario. Como hemos visto —e insistimos en ello—, dicha presunción resulta eficiente, pero siempre y cuando admita prueba en contrario por ambas partes. Entonces, la entrega no debe implacablemente determinar, sino tan sólo presumir una voluntad.

En efecto, consideramos que es válida la presunción de que la devolución voluntaria de la prenda manifiesta el propósito de su condonación, ya que, como sabemos, el punto central o razón de ser de la obligatoriedad de la entrega del bien por el deudor como requisito constitutivo de dicho derecho de garantía, está destinado a proteger a terceros y al propio acreedor.

Sin embargo, siempre debe admitirse explícitamente la prueba en contrario, ya que las presunciones armonizan de la forma más equitativa posible las costumbres del mercado y la protección de los intereses de las partes, pero no deben faltar situaciones que escapen al supuesto asumido por la ley. En esos casos, la realidad debe primar y entonces las partes en conflicto deben encontrarse en total posibilidad de demostrar que sus circunstancias son especiales. La norma debe ayudar a facilitar las relaciones humanas, dando un marco de seguridad jurídica para todo tipo de transacciones, pero sin ser una camisa de fuerza rígida que no permita salida a situaciones no previstas.

Por estas razones, creemos que las presunciones respecto de la condonación de la garantía prendaria, contenidas en los artículos 1298 y 1299, deben admitir, necesariamente, prueba en contrario.

Finalmente, por lo expresado, consideramos evidente que la extinción de la garantía no implica la extinción de la obligación garantizada. El principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal y no a la inversa, es de lógica jurídica elemental y resulta redundante hasta el extremo, por lo que bien podría no haberse incluido en el Código Civil este texto legal.

# Título VI
# CONSOLIDACIÓN

## 1. CONSIDERACIONES GENERALES

La consolidación —también conocida como confusión— es otro de los medios de extinción de las obligaciones, tal vez el más complejo por su naturaleza jurídica y por sus propios términos conceptuales. En efecto, resulta imposible imaginar que en una persona concurran las calidades contradictorias de acreedor y de deudor de una misma obligación. Como se sabe, la relación obligacional tiene por lo menos un sujeto activo (el acreedor) y un sujeto pasivo distinto del acreedor (el deudor). Pero, de suceder aquel evento ¿qué ocurre en ese caso? ¿realmente se trata de una causa de extinción de la obligación? ¿se produce tal extinción por concentrarse en una sola persona la relación obligatoria, o simplemente se suspende o «paraliza» debido a constituir un absurdo tautológico?

El Código Civil de 1984 no ha definido a la consolidación, ya que inicia el texto del artículo pertinente (el numeral 1300) consignando que ella puede producirse respecto de toda la obligación o de parte de la misma.

Para efectos de otorgar un concepto eficiente a esta figura, es necesario recalcar que tan importante como reunir en una sola persona las calidades de acreedor y deudor, lo es también establecer que ambas calidades deben estar referidas a una misma obligación. De lo contrario, estaríamos hablando de una elemental compensación.

## 2. CONSOLIDACIÓN TOTAL O PARCIAL

El artículo 1300 del Código Civil de 1984 no define a la consolidación, pero indica la posibilidad de que se produzca en forma total o parcial, situación que, como es evidente, estará en función de que se genere respecto a la integridad del crédito o a una fracción del mismo.

El texto del referido numeral es el siguiente:

> *Artículo 1300.- «La consolidación puede producirse respecto de toda la obligación o de parte de ella».*

Revisemos brevemente cada una de esas modalidades:

### 2.1. Consolidación total

Será total la consolidación cuando concurran en una misma persona, por completo, las calidades de acreedor y deudor respecto del íntegro de una obligación.

El típico supuesto de esta clase de consolidación sería el de Paula, deudora de su padre, Francisco, por 40,000 nuevos soles. Si Francisco muere, dejando como única heredera (a título universal) a Paula —imaginemos que Paula era la única deudora de los 40,000 nuevos soles, a la vez que Francisco era el único acreedor de dichos 40,000 nuevos soles—, entonces al haber heredado Paula la totalidad del patrimonio (bienes, acreencias y deudas) de Francisco, tendremos que ella sería ahora también acreedora de los 40,000 nuevos soles mencionados, vale decir, del íntegro de la deuda. Por lo tanto, aquí se habría producido una consolidación total (sobre el íntegro de la obligación).

### 2.2. Consolidación parcial

Será parcial la consolidación, como su propio nombre lo indica, cuando concurran en una misma persona sólo de manera parcial las calidades de acreedor y deudor de una obligación. En este caso resulta lógico que la extinción de la relación obligatoria por consolidación se produzca dentro de los límites en que convergen las dos calidades incompatibles.

Así, por ejemplo, cuando el deudor se convierte en heredero del acreedor sólo en una tercera parte, es claro que únicamente se extingue

su obligación en un tercio (es acreedor de sí mismo de esta porción en la medida en que alcance su cuota hereditaria), lo que equivale a decir que habrá operado una consolidación proporcional a su respectiva cuota, mientras que en relación al saldo (dos terceras partes de la obligación en la medida en que corresponda a los otros herederos) seguirá siendo deudor de aquellos a quienes les corresponda el saldo en la sucesión del acreedor causante.

En todos los casos en que la confusión es parcial, los efectos indicados sólo se realizarán parcialmente.

Por lo demás, no debemos olvidar que para que haya consolidación de las dos calidades del *de cujus* y del heredero, este último debe ser puro y simple, ya que una aceptación de la herencia con beneficio de inventario mantiene la distinción de los patrimonios.

Bajo un supuesto similar al anterior, tenemos que Paula es deudora de 40,000 nuevos soles respecto de su padre, Francisco. Si luego de contraída la deuda fallece Francisco, pero deja dos herederos, sus hijos Paula y Pedro, cada uno de ellos lo será por el 50% del total de su patrimonio. En este caso, Pedro y Paula habrán adquirido la calidad de acreedores de la deuda, por partes iguales, correspondiendo a cada uno de ellos la cantidad de 20,000 nuevos soles. Respecto a Paula habría operado una consolidación parcial, ya que en ella ahora concurren las calidades de deudora (de los 40,000 nuevos soles) y acreedora (de 20,000 nuevos soles), razón por la cual se extinguiría la mitad de su obligación, y solamente deberá 20,000 nuevos soles a su hermano Pedro, y ya no los otros 20,000 nuevos soles, que no podría debérselos a sí misma.

Y, por supuesto, también podría ocurrir una consolidación (parcial o total) en forma inversa, vale decir, cuando sea acreedor el heredero y deudor el causante.

## 3. ORIGEN DE LA CONSOLIDACIÓN

Por otro lado, si bien ello no emana de la lectura de la norma bajo análisis, tenemos que destacar que la consolidación también puede clasificarse tomando como criterio el origen de la misma. Desde esta perspectiva, la consolidación podría ser por causa de muerte o por acto *inter vivos*.

### 3.1. Consolidación por causa de muerte

Ésta es la causa más común y típica de ocurrencia de la consolidación. Como hemos visto anteriormente, la consolidación por causa de muerte opera cuando el deudor o acreedor fallece dejando como heredero o legatario a su contraparte en la obligación. Cualquiera de estos últimos, entonces, pasa a ser titular del patrimonio del causante, el mismo que abarca tanto el activo como el pasivo, lo cual, evidentemente, incluye la obligación que había entre ambos (deuda o crédito). De esta forma, el heredero, quien antes formaba parte de uno de los extremos de la relación obligacional, reúne en su propia persona ambas calidades (acreedor y deudor) o, dicho de otra forma, junta en sí mismo los dos extremos de la relación obligacional. La obligación, en este caso, se consolida en la persona del heredero.

### 3.2. Consolidación por acto entre vivos

Aparte de las formas sucesorias mencionadas, clásicas de la consolidación, también podría darse otra, en un acto entre vivos y voluntario.

Se trata de la cesión de derechos, en la que el acreedor cede al deudor (y no a un tercero) el derecho de cobrar la deuda. En este caso, habrán confluido en una misma persona las calidades de acreedor y deudor, y el deudor tendrá en sus manos el crédito que él mismo adeuda.

Este acto jurídico podría ser a título gratuito o a título oneroso. Y, desde esta óptica, no sería relevante el nombre que se le asigne, en la medida en que ambas partes estén de acuerdo en extinguir la relación jurídica. Puede, de esa forma, llamarse pago, o cesión de derechos, o donación, o condonación, o consolidación. En cualquier caso, los efectos extintivos serán los mismos.

En suma, podemos concluir en que la consolidación puede producirse por un acto entre vivos si el deudor de un crédito lo adquiriese por cesión, o también en el supuesto de que el acreedor de una casa de comercio (que no sea una sociedad formalmente constituida) la adquiriera con todo su patrimonio. Asimismo, podría darse el caso de una letra de cambio aceptada por Antonio y luego endosada a favor de éste.

Pero debemos admitir que la consolidación *inter vivos* no deja de ser un supuesto excepcional, forjado más por el pensamiento de los juristas que por la vida misma.

Como comentario final, queremos precisar que la categoría dentro de la relación obligacional es fundamental para la ocurrencia de la consolidación. En otras palabras, no es igual que se reúnan en una misma persona las calidades de deudor y acreedor —lo que extingue o paraliza la relación principal, siguiendo el mismo curso todas las obligaciones accesorias—, o que se reúnan en una misma persona las calidades de deudor principal y de garante, o de acreedor y de garante, ya que en estos últimos casos nada sucede con la relación principal, más allá de lo que ocurra con los accesorios.

## 4. SUPUESTO DE CESE DE LA CONSOLIDACIÓN. EFECTOS

Otro tema importante dentro de lo que es la consolidación, es el relativo a su cese, el mismo que se encuentra previsto en el artículo 1301 del Código Civil, cuyo texto es el siguiente:

> Artículo 1301.- *«Si la consolidación cesa, se restablece la separación de las calidades de acreedor y deudor reunidas en la misma persona.*
>
> *En tal caso, la obligación extinguida renace con todos sus accesorios, sin perjuicio del derecho de terceros».*

El cese de la consolidación implica que aquélla se extingue.

Nos explicamos.

Supongamos, volviendo a nuestro ejemplo original del hijo que le debía al padre, que la muerte de su padre haya sido presunta, es decir, que se le haya declarado como muerto pero que, en estricto, no exista certeza de la muerte.

La declaración de la muerte unida a la declaración de su hijo como heredero universal, determina la consolidación. Sin embargo, podría ocurrir que después de un tiempo esta persona aparezca con vida, supuesto en el cual cesaría la consolidación.

La consolidación sí se habría producido, mas cesaría al descubrir que, en realidad, el padre (acreedor) aún se encuentra con vida.

Y ¿cuáles son los efectos del cese de la consolidación? El deudor seguirá siendo deudor y el acreedor seguirá siendo acreedor, como lo eran antes de la consolidación.

Pero si la obligación tuviera garantes, el cese de la consolidación no los afectaría. Es evidente que el Derecho no puede desproteger a los terceros y, más importante aún, debe velar por preservar la seguridad jurídica; de allí que situaciones como ésta no perjudican los derechos de terceros.

## 5. CONSOLIDACIÓN Y GARANTÍA

¿Qué ocurre con esta figura extintiva si la obligación se encuentra garantizada?

Aquí pueden presentarse cuatro supuestos.

El primero, que existiendo un garante se consolide la obligación entre acreedor y deudor. En este caso, al igual que en cualquiera de las formas previstas para la extinción de obligaciones, se extinguiría la garantía (lo accesorio sigue la suerte de lo principal). No habría, en consecuencia, diferencia respecto de la compensación, novación, condonación, transacción, etc. Sin embargo, por la misma razón de que lo accesorio sigue a lo principal y dado que esta figura «extintiva» podría «renacer», sus accesorios también podrían «volver a la vida».

El segundo supuesto es el de la consolidación operada entre el garante y el acreedor. Es decir, que se reúnan o confundan en la misma persona dos calidades que antes se encontraban separadas, a saber, la de acreedor y la de garante de la misma obligación. Si se produjese este supuesto, la persona en quien operara la consolidación conservaría el derecho de accionar contra su deudor, ya que por efecto de la consolidación no se habría extinguido la deuda. Tan sólo se extinguiría la garantía, pues el acreedor no podría garantizar su propia acreencia. Cabe anotar que el término «consolidación» se entiende aquí en sentido amplio, ya que propiamente no se produciría una verdadera consolidación, la cual sólo ocurre —en rigor conceptual— cuando se confunden en una sola persona las calidades principales, es decir, las de deudor y acreedor de la obligación.

El tercer supuesto es el de la consolidación producida entre el garante y el deudor. Este caso tampoco sería, propiamente, uno de consolidación, ya que no se estarían reuniendo en una misma persona las calidades de acreedor y deudor, pero obviamente se extinguiría la garantía, conservando el acreedor su derecho a accionar contra la

persona en la que hubiesen concurrido ambas calidades. Desde luego que en esta hipótesis se mantendrían vigentes las garantías reales que hubiera constituido el garante.

Un cuarto supuesto operaría en caso de reunirse en una misma persona las calidades de garantes. Como se aprecia, aquí tampoco estaríamos hablando de una consolidación propiamente dicha. Sólo expresamos que ese garante incrementaría su responsabilidad si las garantías fueran por una fracción de la deuda (se sumarían). Pero si ambas garantías respondían por el íntegro de la obligación, entonces, en la práctica, se extinguiría una de ellas. En este último caso el acreedor podría perjudicarse, pues tendría una opción menos para dirigir sus acciones de cobranza: únicamente estaría en aptitud de accionar contra el deudor o contra aquel en quien concurrieron las calidades de los dos garantes, salvo que intervinieran otros garantes.

## 6. EFECTOS DE LA CONSOLIDACIÓN EN LAS OBLIGACIONES INDIVISIBLES Y EN LAS OBLIGACIONES SOLIDARIAS

Si hay pluralidad de deudores y la consolidación se produjese entre el acreedor y uno de los deudores de la obligación con prestación indivisible, no se extingue la obligación respecto de los demás deudores, debiendo éstos cumplirla por el íntegro. Esto es evidente, ya que siendo indivisible, la prestación no puede fraccionarse; es imposible el cumplimiento por partes de una prestación de naturaleza indivisible. En cuanto a la porción correspondiente al deudor liberado (ex-codeudor, actual acreedor), ella debe deducirse de la prestación total, por lo que primero se la debe valorizar y luego el acreedor puede optar por reembolsar a los codeudores dicha suma o garantizarla (mediante fianza, prenda, hipoteca o anticresis). Una vez reembolsada o garantizada la parte consolidada, podrá exigir a los codeudores el cumplimiento del íntegro de la prestación.

El Código Civil Peruano establece estos principios en el artículo 1178.

Si, por el contrario, hay pluralidad de acreedores y un deudor y se consolida la obligación entre éste y uno de aquéllos, tampoco se extingue la obligación con prestación indivisible. Es decir, el deudor sigue obligado por el íntegro con los demás coacreedores. En cuanto a la porción extinguida, los coacreedores deben reembolsarla al deudor o garantizarla, para poder exigirle el cumplimiento del total de la prestación.

Supongamos que Manuel se hubiera obligado frente a tres coacreedores, Jaime, Héctor y Noemí, a la entrega de un tractor, valorizado en 150,000 dólares americanos. Si se consolidara la obligación entre Manuel y Héctor (imaginemos que Héctor heredó a Manuel), entonces Héctor sería el nuevo deudor de la prestación indivisible, pero para que Jaime y Noemí pudieran exigirle la entrega del tractor, ambos le tendrían que reembolsar el valor de la parte que le correspondía, es decir, 50,000 dólares, u otorgar garantía que cautelara dicha suma.

Esta fórmula es la seguida por nuestro Código Civil en el numeral 1179.

Respecto a la consolidación en las obligaciones solidarias, en el supuesto de solidaridad pasiva, si operase la consolidación de la calidad de acreedor con la de un codeudor (imaginemos que la consolidación es total, es decir, que el codeudor es heredero universal del acreedor), ella producirá sus efectos totales, esto es, la desaparición de ese deudor solidario. Así, si el acreedor tenía dos deudores solidarios, luego de la consolidación sólo tendrá un deudor, de manera que la solidaridad desaparece. Pero en caso se produzca la consolidación parcial (podría ser que el codeudor sea heredero de una porción del patrimonio del acreedor), entonces se consolida (o extingue) su deuda en proporción a su cuota parte de la herencia. Aquí su parte de la deuda se reduce, pero no desaparece, por lo que sigue siendo codeudor solidario, pero sólo por el saldo. En cualquier caso, ya sea que se haya extinguido total o parcialmente la obligación del codeudor, la deuda total (para los demás codeudores o para todos, si es que fue consolidación parcial) se reduce en la porción extinguida. Todo ello, desde luego, sin perjuicio de que se regule en la relación interna entre todos los codeudores el monto de lo consolidado.

En cuanto a la solidaridad activa, es decir, cuando existe pluralidad de acreedores solidarios, si la consolidación se produjese entre un coacreedor solidario y el deudor, sólo habría extinción del crédito y de la deuda en la parte correspondiente a ese coacreedor. Sería el caso en que Ana, Rosa y Patricia fuesen acreedoras solidarias por la suma de 60,000 nuevos soles. Si Rosa falleciera y Malena, única deudora de esta obligación, fuera su sucesora, entonces se consolidaría la obligación en la suma correspondiente a Rosa, y sólo quedaría una deuda de 40,000 nuevos soles y subsistirían dos coacreedoras: Ana y Patricia. Si falleciera

Malena, y su sucesora fuese Rosa, ocurriría algo similar. Se extinguiría la obligación entre Malena y Rosa, saliendo esta última de la relación obligacional, por lo que quedarían Ana y Patricia como coacreedoras por la suma de 40,000 nuevos soles, permaneciendo como deudora la sucesión de Malena. Si Rosa fuese la única heredera de Malena, entonces respondería por los 40,000 nuevos soles ante ambas coacreedoras.

Nuestro Código Civil contempla estos supuestos en el artículo 1191: *«La consolidación operada en uno de los acreedores o deudores solidarios sólo extingue la obligación en la parte correspondiente al acreedor o al deudor».*

## 7. CONSOLIDACIÓN Y SEPARACIÓN DE PATRIMONIOS

Hay un aspecto que resulta importante mencionar, y es el de la separación del patrimonio del heredero respecto del patrimonio del causante.

Los acreedores y los legatarios de la sucesión pueden pedir la separación de dichos patrimonios, para tener preferencia sobre los bienes sucesorios contra los acreedores del heredero.

El Código Civil Peruano alude al tema en los artículos correspondientes al Derecho de Sucesiones, en los que establece la preferencia de los acreedores del causante sobre los acreedores del heredero para ser pagados con cargo a la masa hereditaria (artículo 872). Igualmente, el numeral 875 del mismo cuerpo legal establece que el acreedor de la herencia puede oponerse a la partición y al pago o entrega de los legados, mientras no se satisfaga su deuda o se le asegure el pago. Estas reglas son básicas para comprender el tema de la separación de los patrimonios de la sucesión y del heredero.

Asimismo, nuestro Código en materia de Derecho Sucesorio menciona la consolidación en su artículo 880, estableciendo que *«El heredero o legatario que fuere acreedor del causante, conserva los derechos derivados de su crédito, sin perjuicio de la consolidación que pudiera operar».*

## 8. LA CONSOLIDACIÓN EN OBLIGACIONES DE DAR (QUE NO CONSISTAN EN DINERO), EN LAS OBLIGACIONES DE HACER Y EN LAS OBLIGACIONES DE NO HACER

Concluyendo nuestras reflexiones y comentarios acerca de esta figura, queremos destacar que la consolidación, si bien usualmente opera

respecto a las obligaciones de dar y, en particular, a las de dar sumas de dinero (es decir, a aquellas de tipo pecuniario), nada obsta a que también pueda producirse respecto de obligaciones de otra naturaleza.

Supongamos, a modo de ejemplo, que Patricio, decorador de interiores y sobrino en cuarto grado de consanguinidad de Carmen, en virtud de un contrato de compraventa se ha obligado con ésta a entregarle una cantidad determinada de mayólicas para cocina. Si Carmen falleciera sin dejar herederos forzosos, siendo Patricio su único sobrino, entonces la sucedería a título universal. Como él debe entregar a la sucesión de Carmen los bienes descritos y, a su vez, es ahora titular de todo el patrimonio de Carmen (con activos y pasivos), resulta que se adeudaría a sí mismo dichas mayólicas. Por tanto, se consolida su obligación de dar.

Lo equivalente ocurre con las prestaciones de hacer y de no hacer.

Si en lugar de adeudar a Carmen las mayólicas de cocina, Patricio le adeuda la colocación de las mismas, entonces su deuda es por una obligación de hacer. Igualmente operaría en este caso la consolidación, por la imposibilidad material de que Patricio se exija a sí mismo el cumplimiento de la prestación (o la indemnización correspondiente).

En cuanto a las obligaciones de no hacer, éstas también pueden ser objeto de consolidación, a pesar de que su ocurrencia sea poco usual. Si Patricio se hubiese obligado con su tía Carmen a no colocar mayólicas de color azul, al fallecer ésta, él no podría impedirse a sí mismo el colocarlas, si así lo deseara, por lo que la obligación quedaría extinguida. Lo mismo con cualquier obligación de no hacer, las que —como sabemos— no implican sino abstenciones. Así, si Patricio se obligó a no transitar por el jardín de Carmen, ahora ya podría hacerlo.

# Título VII
# TRANSACCIÓN

## 1. CONCEPTO

La Real Academia Española[166] define a la transacción como «acción y efecto de transigir» y, por extensión, «trato, convenio, negocio».

Transigir,[167] [168] se define como «consentir en parte con lo que no se cree justo, razonable o verdadero, a fin de llegar a un ajuste o concordia, evitar algún mal, o por mero espíritu de condescendencia». También como «ajustar algún punto dudoso o litigioso, conviniendo las partes voluntariamente en algún medio que componga y parta la diferencia de la disputa».

En su acepción cotidiana, la palabra transacción se emplea para designar toda clase de convenciones. Se transige diariamente, en muchos ámbitos; por ejemplo, se habla en este sentido de las transacciones de la Bolsa, de transacciones financieras, de la industria o del comercio, etc. Pero en su sentido jurídico, si bien en cuanto al fondo hay identidad en la definición, la palabra transacción tiene un alcance bastante más restringido, puesto que lo enfoca a un acto jurídico cuya finalidad es resolver, mediante concesiones recíprocas, un asunto dudoso o litigioso.

---

166 Real Academia Española. En: http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=transacción

167 En América Latina se utilizan indistintamente como sinónimos los términos transigir y transar, siendo esta última palabra también parte de la Lengua Española (Real Academia Española. *Op. cit.*, tomo II, p. 1330).

168 Real Academia Española. En: http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=transigir

Nuestro Código Civil define esta figura en su artículo 1302:

> Artículo 1302.- «*Por la transacción las partes, haciéndose concesiones recíprocas, deciden sobre algún asunto dudoso o litigioso, evitando el pleito que podría promoverse o finalizando el que está iniciado.*
>
> *Con las concesiones recíprocas, también se pueden crear, regular, modificar o extinguir relaciones diversas de aquellas que han constituido objeto de controversia entre las partes.*
>
> *La transacción tiene valor de cosa juzgada*».

Como se desprende de la lectura de la norma transcrita, nuestro ordenamiento jurídico adopta un concepto restringido de transacción, pues cuando utiliza este término se refiere a un medio extintivo de obligaciones, y no lo emplea en su acepción más amplia, esto es, como un negocio o acuerdo entre las partes.

## 2. CARACTERÍSTICAS

La transacción, como acto jurídico que es, debe reunir condiciones legales, algunas de las cuales son comunes a cualquier acto jurídico, pero otras —como la relación jurídica incierta y controvertida y las concesiones mutuas— le son específicas.

Respecto a estas dos características particulares de la transacción, debemos destacar que constituyen el eje sustancial (y no meramente formal) de la figura.

La esencia de la transacción reside en una relación jurídica incierta y controvertida, susceptible de derivar en litigio o ya latente en el terreno judicial, la misma que las partes deciden llevar a término en forma definitiva; de esta manera, encausan su voluntad a esa finalidad a través de concesiones recíprocas. Esta última característica, a saber, la voluntad de prevenir o terminar un litigio judicial, traducida en concesiones recíprocas, distingue a la transacción, no solamente de los demás modos de extinción de obligaciones, sino de los otros contratos, aparte de todas las otras formas de conclusión de una controversia, como son, por ejemplo, la sentencia judicial, el allanamiento, el desistimiento de la demanda, el reconocimiento de títulos y hasta el advenimiento o conciliación.

### 2.1. Asunto dudoso o litigioso

Debemos advertir, en primer lugar, que la transacción no es la solución de cualquier problema, sino la solución de un asunto que debe tener carácter dudoso o litigioso.

Dudoso es aquello «que ofrece duda», «que tiene duda», «que es poco probable, que es inseguro o eventual».[169] Duda es la «suspensión o indeterminación del ánimo entre dos juicios o dos decisiones, o bien acerca de un hecho o una noticia». También es una «cuestión que se propone para ventilarla a resolverla».[170] Por último, dudar es «estar el ánimo perplejo y suspenso entre resoluciones y juicios contradictorios, sin decidirse por unos o por otros».[171]

En realidad, la definición de un asunto dudoso es sencilla. Un asunto resulta dudoso cuando es susceptible de más de una interpretación que lleve a soluciones jurídicas distintas y por lo cual podría suscitarse una controversia judicial o extrajudicial. Por tanto, el que un asunto sea dudoso no es obstáculo para que sea litigioso, ya que puede revestir ambas características.

Basta, en consecuencia, que el asunto sea dudoso, sin que sea necesariamente litigioso. De mantenerse la duda, no es difícil que devengue en un asunto litigioso. En efecto, puesto que la transacción puede recaer sobre derechos y obligaciones meramente dudosos, no hace falta que haya pleito pendiente, sino que se dé el elemento de incertidumbre en la relación jurídica entre las partes. Entonces las partes, si así libremente lo desean, pueden prevenir el eventual litigio por medio de la transacción.

Sin embargo, cabe precisar que para que se produzca una transacción no necesariamente tendremos que estar frente a un asunto estrictamente dudoso. Podría ocurrir que nos encontremos ante un asunto de meridiana claridad, en el cual se precisen con nitidez los derechos y obligaciones que surgen para cada parte, y que incluso estas últimas

---

169 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. En: http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=dudoso

170 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. En: http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=duda

171 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. En: http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=dudar

tengan la certeza de lo que consiste aquello a lo que se han obligado. Sin embargo, ante la equivocada pero obstinada posición de una de las partes, esta introduce el elemento de duda y allí se puede transigir.

Para que se considere litigioso un asunto basta la existencia de un juicio ante la negativa de una de las partes a cumplir con la ejecución de la prestación a la que se ha obligado, por más pueriles que sean sus argumentos o aun careciendo de ellos. Lo litigioso puede consistir simplemente en la apreciación o negativa del supuesto deudor. Creemos que aquí el término «dudoso» se confunde con «litigioso», ya que al primero habría que combinarlo con la expresión que le sigue en el artículo 1312 del Código: «evitando el pleito que podría promoverse [...]». Dentro de un raciocinio lógico, si el deudor —aunque claramente tenga esta condición— rehusase efectuar el pago, el acreedor tendría que demandarlo judicialmente y entonces estaríamos ante un asunto estrictamente litigioso (por más clara que fuere la posición del acreedor), que sería susceptible de transacción, en virtud de la expresión que utiliza el artículo 1302: «finalizando el (pleito) que está iniciado».

También podría ocurrir, debido a las más diversas razones, como por ejemplo un sorpresivo estado de insolvencia del deudor, que las partes se pusiesen de acuerdo para transigir respecto de una determinada obligación, concluyendo en una situación diversa de la originalmente pactada. En esto podría haber una gran arbitrariedad por parte del deudor, pero ¿cómo evitaríamos tal arbitrariedad y el subsiguiente litigio? Y en un litigio —insistimos—, por más claro que él sea, siempre procede celebrar una transacción. Por ello las palabras «duda» y «litigio», para efectos de la transacción, están íntimamente vinculadas.

Dentro del término «litigioso», obviamente están comprendidos los asuntos que sean materia de una controversia judicial (*litis*) o de un arbitraje.

De acuerdo a la Real Academia Española,[172] litigio es «Pleito, altercación en juicio. Disputa, contienda»; en tanto que por litigioso entiende lo siguiente: «Dícese de lo que está en pleito. Por extensión, dícese de lo que está en duda y se disputa. Propenso a mover pleitos y litigios».

---

172 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. En: http://buscon.rae.es/drael/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=litigio

La doctrina es prácticamente unánime en considerar a las obligaciones litigiosas como las que son materia de juicio o pleito judicial. Sin embargo, en lo que no hay coincidencia es en cuanto a si el pleito o litigio debe ser ya una realidad o únicamente potencial.

A nuestro entender, no cabe restringir el alcance del concepto referido al «asunto litigioso» por razones de estricto (por no decir extremo) tecnicismo, ya que de lo que se trata es de enfocar a la figura de la transacción, contemplando principalmente su finalidad, y de esa forma establecer el alcance verdadero que facilite y no obstaculice su razón de ser. Por ello la propia norma refleja tal intención por parte del legislador, al señalar que el asunto sea litigioso (palabra por demás ambigua y amplia) y no que exista un litigio (que nítidamente presupone un juicio ya encaminado).

Para la existencia del litigio es necesario que al menos la demanda se haya interpuesto y que haya sido contestada, es decir, que la *litis* se encuentre trabada. En el caso de la transacción esto no es necesario. Puede existir un pleito pendiente, o tan sólo una demanda interpuesta, o inclusive que ningún paso se haya dado por las partes para iniciar proceso alguno, pero si el asunto pudiera ser materia de proceso (y no meramente dudoso), ya encaja dentro del concepto de asunto litigioso, como complemento a los asuntos meramente dudosos. De esa forma no queda ningún aspecto que produzca incertidumbre o malestar a las partes que les imposibilite transigir.

Los derechos y/u obligaciones de las partes deben encontrarse en tela de juicio, ser inciertos, a fin de que se consideren litigiosos. Por ello tampoco puede considerarse litigiosa una obligación si se dictase sentencia y ésta quedase consentida. En este caso, ya están establecidos los derechos de las partes por el órgano administrador de justicia, por lo que cada uno sabe con certeza cuál es su derecho y, por tanto, tampoco cabría una transacción.

### 2.2. Concesiones recíprocas

La segunda de las características esenciales de la transacción —la cual también se encuentra establecida en el artículo 1302—, es la presencia de concesiones recíprocas. Esta situación significa que necesariamente las partes que la celebran deben ceder en algo respecto de

sus posiciones de origen, para finalmente llegar a un acuerdo por el que ellas, si bien no satisficieron sus expectativas originales, sí lograron un convenio cercano a dichas posiciones. Decimos que debe ser cercano, pues es precisamente esta cercanía la que les habrá permitido ceder en algo y todavía encontrarse satisfechas con lo acordado.

La valoración de las concesiones es realizada por las propias partes. Por otro lado, la ley no exige que las concesiones mutuas sean de igual valor; la exigencia en una transacción es que haya concesiones recíprocas, no siendo relevante el que una de las partes transija (o ceda) más o menos que la otra. Basta que cada una lo haga voluntaria y espontáneamente, con la finalidad de dar por terminado el conflicto y evitar el litigio que podría promoverse o terminar el ya iniciado.

En ese sentido, la transacción no necesariamente va a recaer en un punto medio, equidistante de las posiciones de origen de las partes. En estricto y en definitiva, lo importante no es que ella recaiga en un punto medio, sino que ella recaiga en un punto intermedio acordado por las partes.

Lo relevante, entonces, es que se ceda en algo con respecto al otro, no importando que aquello que se cede sea de la misma magnitud que lo que cedió la parte contraria.

Asimismo, resulta útil destacar que las concesiones no tienen por qué limitarse necesariamente a prestaciones vinculadas en forma directa al tema dudoso o litigioso.

En consecuencia, las partes podrían otorgarse recíprocamente diferentes y variadas concesiones, las que no tendrían por qué restringirse a la materia objeto de controversia.

Por ello, la transacción no implica únicamente la extinción de obligaciones; es mucho más que eso, pues puede dar lugar al nacimiento de otras obligaciones, incluso a la celebración de una serie de contratos, siempre y cuando, utilizándolos, se dé solución al asunto dudoso o litigioso.

### 2.3. Acto formal

Otra de las características de la transacción, es que se trata de un acto jurídico cuya forma es *ad solemnitatem*. La transacción tiene que celebrarse necesariamente por escrito, bajo sanción de nulidad.

El Código Civil de 1936 prescribía que la transacción debía constar por escritura pública. El Código de 1984 eliminó este requisito porque se entendió que el mismo desalentaba su celebración, en la medida en que no todas las transacciones recaen sobre materias de importancia patrimonial. El legislador de 1984 comprendió que existen casos en los cuales los costos de celebrar la transacción por escritura pública superarían el monto que constituye materia de la propia transacción. De aquí que optara por exigir sólo que aquélla conste por escrito.

### 2.4. Supuesto valor de cosa juzgada

El artículo 1302 también dispone que la transacción tiene carácter de cosa juzgada.

Al explicar esta característica debemos, primero, distinguir entre la transacción judicial y la transacción extrajudicial.

Como es evidente, el carácter de cosa juzgada de la transacción judicial es incuestionable, puesto que ella es irrevisable y da por concluido el proceso. La transacción judicial, en tal sentido, tiene el valor de una sentencia y cuenta, por ello, con sus mismas limitaciones, otorgando, como contrapartida, similares beneficios.

La transacción judicial, entonces, no ofrece mayores inconvenientes respecto de su calidad de cosa juzgada. El caso de la transacción extrajudicial resulta distinto, pues allí esa calidad no es absoluta.

La transacción extrajudicial, como su nombre lo indica, es la que se celebra cuando las partes no están litigando, vale decir, fuera de un proceso judicial o arbitral. En ese sentido, si no hay proceso, ni juez, ni arbitro que recoja la transacción y emita una resolución, ¿cómo puede hablarse de cosa juzgada?

La expresión «cosa juzgada» es de orden procesal; sin embargo, el Código Civil, en materia de transacción extrajudicial, no la utiliza en su sentido más estricto.

El carácter de cosa juzgada de la transacción extrajudicial se encuentra fundado en que ella es irrevisable, esto es, se basa en el hecho de que lo acordado por las partes, lo transigido por ellas, no puede ser revisado. Sin perjuicio de aquello, lo cierto es que en tanto la transacción extrajudicial es en definitiva un acto jurídico común y corriente, resulta susceptible de ser atacado si adolece de algún vicio.

Así, como cualquier acto jurídico, contra la transacción extrajudicial se puede interponer una acción de nulidad. Igualmente, al ser también un contrato, es posible que una de las partes solicite, de existir una causal que lo justifique, su rescisión o su resolución.

Una transacción extrajudicial bien podría resolverse ante el incumplimiento de lo pactado, y es que, cuando se transa, además de ponerse punto final a los problemas pendientes en relación a la materia objeto de la transacción, usualmente se generan nuevas obligaciones que deben ser asumidas por una de las partes o por todas.

Por ejemplo, a través de una transacción extrajudicial «A» reconoce que «B» es propietario de la casa de la que ambos, en principio, se suponía que eran condóminos, y «B» se obliga a pagarle 12 cuotas de 1,000 dólares americanos cada una, lo que, como resulta evidente, es una obligación nacida de la transacción. Si «B» no cumpliera con efectuar los pagos a los que se ha obligado mediante esa transacción extrajudicial, «A» podría exigir la resolución de la transacción. Esto último, sin embargo, no podría exigirlo si la transacción hubiera sido judicial, puesto que, en ese caso, el carácter de cosa juzgada sí sería absoluto.

De haber sido una transacción judicial, lo único que podría hacer «A» —ya que no cabría la resolución—, es reclamar el cumplimiento de las prestaciones impagas.

Como sabemos, cosa juzgada constituye lo resuelto por sentencia firme en última instancia, en juicio contradictorio, ante un juez o tribunal, y contra la cual ya no se admite recurso alguno. Por ello, la cosa juzgada se eleva al nivel de las verdades, adquiere la categoría de Derecho puro y no cabe contradecirla.

### 2.5. La transacción como un acto complejo

La transacción, como señalamos al iniciar este análisis, es un acto que puede ser altamente complejo. El Código Civil establece que con las concesiones recíprocas también se pueden crear, regular, modificar o extinguir relaciones diversas de aquellas que han constituido objeto de controversia entre las partes.

Es evidente que cuando se realizan negociaciones para llegar a una transacción, lo que las partes buscan es concluir con el problema suscitado; y si desean esto de modo vehemente, no será raro que re-

curran a cualquier medio alternativo o complementario para obtener tal propósito. Entonces podría ocurrir que para llegar al acuerdo sobre el o los puntos controvertidos, una parte ofrezca o acepte ofrecer a la otra la realización de alguna prestación complementaria (que puede ser de dar, de hacer o de no hacer) a lo que es materia de discusión, y de esta forma la otra parte vea satisfechas sus expectativas y a la vez esté dispuesta a llegar a un acuerdo.

En tal virtud, la ley deja abierta esta posibilidad, pudiendo así la transacción comprender asuntos distintos a los que constituían materia de la controversia original. Tales asuntos distintos podrán ser creados, modificados, regulados o extinguidos, ya que las partes tendrán la más amplia libertad de configuración interna respecto de la transacción que deseen celebrar.

Vemos que la transacción puede constituir un acto sumamente simple, pero también uno extremadamente complejo en el que se entremezclen diversas figuras jurídicas típicas y atípicas.

La posibilidad de que con la transacción se creen, regulen, modifiquen o extingan relaciones jurídicas diversas de aquellas que han constituido objeto de controversia entre las partes, significa que la ley les otorga la suficiente flexibilidad requerida a fin de que solucionen sus controversias o problemas entre ellas mismas. El Derecho es consciente de que con frecuencia las partes no van a poder llegar a solucionar sus problemas recurriendo únicamente a aquellos elementos que constituyen el objeto de la controversia, pues el margen de acción podría resultar reducido. Entonces, dentro de una transacción podemos encontrar diversas figuras extintivas, como la compensación, la novación, la condonación, todo ello, evidentemente, dentro de un marco contractual que a su vez crea nuevas obligaciones. La transacción engloba, pues, una serie de actos, siendo ante todo un contrato cuyo objeto es solucionar dificultades que han emergido de una relación jurídica obligacional preexistente, es decir, extinguir (por medio de las concesiones recíprocas) las obligaciones materia de conflicto.

Ahora bien, si a través de un acto transaccional las partes no sólo extinguieran obligaciones, sino que crearan otras nuevas, es natural que cualquier controversia nacida con respecto a estas obligaciones constituirá materia susceptible de reclamo o de eventual discusión en los Tribunales de Justicia. Ciertamente podrían producirse incumpli-

mientos de las obligaciones que las partes hayan asumido ejecutar en el futuro como parte del acuerdo transaccional y, por ende, podría resolverse este contrato por inejecución de obligaciones, vale decir, le serían aplicables las normas generales de resolución por incumplimiento contenidas en el Código Civil respecto a los contratos con prestaciones recíprocas.

### 2.6. Capacidad para transigir

Ciertamente sólo puede transigir quien puede disponer de los objetos de la transacción. Entonces, la persona con plena capacidad sobre los bienes comprendidos en la transacción es quien puede realizar los actos de disposición correspondientes. Esta capacidad se traduce en aptitud para desprenderse, gravar, limitar o modificar los derechos comprendidos en la transacción.

Ya hemos manifestado que la transacción es un acto complejo y por ello hemos señalado que comprende concesiones recíprocas de diversa y variada índole (en cada una de las cuales puede haber un desprendimiento, una renuncia, o una limitación a un derecho), por lo que se deberá analizar la capacidad en función del acto en sí mismo, así como en torno a los bienes que abarca la transacción respecto a los cuales se harán concesiones (es decir, enajenaciones). Entonces, la capacidad de disposición de los bienes comprendidos en la transacción se refiere a cada uno de ellos en forma individual y autónoma, siendo nula la transacción si una de las partes no podía disponer de alguno de dichos bienes.

De esta forma, si por ejemplo la transacción comprendiese un pleito, un inmueble y derechos patrimoniales sobre alguna creación artística, cada bien deberá ser disponible en forma individual y a su vez global (o en su conjunto) por la parte que lo ceda. Esto último porque la transacción es indivisible, salvo pacto en contrario (artículo 1310 del Código Civil Peruano de 1984).

## 3. LA SUPUESTA NECESIDAD DE QUE LA TRANSACCIÓN CONTENGA RENUNCIA EXPRESA DE CUALQUIER ACCIÓN FUTURA

El artículo 1303 del Código Civil nuevamente deja en claro la relevancia del elemento reciprocidad en esta figura extintiva. Ambas partes

se hacen concesiones recíprocas y renuncian a cualquier acción sobre el objeto de la transacción. Se trata de una renuncia recíproca, esencial para la existencia de la transacción. Ambas partes deben perder algo y ganar algo con la pérdida de la otra y, por último, ambas renuncian expresamente a accionar en contra de la otra respecto al punto materia de la transacción. La onerosidad y bilateralidad (sinalagma) se encuentran presentes como elemento eje de este acto.

El texto del referido artículo es el siguiente:

> *Artículo 1303.- «La transacción debe contener la renuncia de las partes a cualquier acción que tenga una contra otra sobre el objeto de dicha transacción».*

Ahora bien, el sentido del artículo bajo comentario resulta evidente, tomando como punto de partida la finalidad de la transacción, su razón de ser, la misma que consiste en no reabrir el asunto que dejó de ser controvertido, dudoso o litigioso o terminar el pleito judicial en curso o evitar iniciar uno. La eficiencia y practicidad, que constituyen las ventajas de la transacción, giran alrededor de esta economía en términos de tiempo, recursos e incertidumbre. Tales beneficios se tornarían estériles si la transacción no tuviera la calidad de definitiva, es decir, si pudiera iniciarse, reiniciarse o proseguir un proceso judicial sobre el mismo tema, al cual las propias partes encontraron solución y convinieron en ella.

Puesto que los efectos de no revisar dicho acto se deducen de la naturaleza misma de la transacción, siendo ésta irrevisable, no se requeriría, en estricto, efectuar la precisión que este artículo prescribe imperativamente. En cualquier caso, habiéndose señalado en la norma que define a la transacción su valor de cosa juzgada, resulta incuestionable que las partes ya no podrían promover acción alguna sobre el asunto transigido.

Nos parece que el requisito establecido por el legislador de consignar en la transacción la renuncia de las partes a cualquier acción que tenga la una contra la otra sobre el objeto de dicha transacción, es más de carácter recordatorio para las partes respecto del punto final que están poniendo a la discusión, que un verdadero imperativo legal.

Además, puesto que la ley ha impuesto una forma, mas no sancionado con nulidad su inobservancia, entonces no se trata de una for-

malidad *ad solemnitatem*, sino *ad probationem*, que constituye el supuesto bajo comentario.

Por ello, ante la posible interrogante respecto a lo que podría ocurrir si al celebrarse una transacción las partes no expresaren por escrito dicha renuncia, consideramos que tal omisión no acarrearía necesariamente la nulidad o ineficacia del acuerdo transaccional, por más que la norma sea de carácter imperativo (emplea el término «debe»). La renuncia constituye, a nuestro entender, un agregado menos necesario para el Derecho, que útil para las partes contratantes, en el sentido de sólo recordarles que la transacción celebrada no podría impugnarse en el futuro (esto en términos psicológicos, ya que tales seguridades de todas formas existen, puesto que la renuncia está implícita en la transacción misma).

Parece conveniente, sin embargo, no omitir tales expresiones en una transacción, porque un juez rigorista podría pretender fulminarla de nulidad.

## 4. FORMA DE LA TRANSACCIÓN

De acuerdo con su formación, los contratos pueden ser consensuales, formales o reales.

La transacción es un contrato formal, ya que la ley le impone una forma, bajo sanción de nulidad (*ad solemnitatem*). De esta manera, en el artículo 1304 del Código Civil Peruano se dispone lo siguiente:

> *Artículo 1304.- «La transacción debe hacerse por escrito, bajo sanción de nulidad, o por petición al juez que conoce del litigio».*

Es requisito indispensable para su formación o celebración el que se haga por escrito, en el caso de transacción extrajudicial, o por petición al juez (evidentemente también por escrito) en el caso de la transacción judicial. Esto no obsta, naturalmente, para que existiendo juicio las partes puedan transigir por convenio privado y cualquiera de ellas presente un ejemplar del mismo en el litigio, con lo que concluiría el proceso.

Resulta interesante observar cómo el criterio de formalidad o solemnidad para este acto tiene diverso tratamiento, en función al tipo de obligación que se contraiga por medio de las concesiones recíprocas.

Al examinar la solución adoptada por el Código Civil de 1984, es claro que, habiendo considerado la existencia previa de un contrato o relación jurídica obligacional, además de un conflicto respecto de algún punto interno de ésta, sumado a los actos de disposición que implican las concesiones recíprocas y al carácter de cosa juzgada de la transacción, el legislador de 1984 llegó a la conclusión de que era indispensable otorgar seguridad plena a las partes, exigiendo una formalidad *ad solemnitatem*.

Conviene subrayar que esto se da tanto en la transacción judicial como en la extrajudicial. Ello quiere decir que, en el caso de la transacción, la forma es constitutiva del acuerdo; sin la forma no existe transacción. La ley considera de relevante importancia que las concesiones mutuas consten por escrito, a fin de que ambas partes tengan a su alcance un medio accesible para probar la existencia del acuerdo transaccional.

## 5. DERECHOS SOBRE LOS QUE SE PUEDE TRANSIGIR

El artículo 1305 del Código Civil Peruano de 1984 prescribe que únicamente los derechos patrimoniales pueden ser objeto de transacción:

> *Artículo 1305*.- «*Sólo los derechos patrimoniales pueden ser objeto de transacción*».

El sentido de esta disposición es claro: los derechos extrapatrimoniales, esto es, los derechos inherentes a la persona, no son susceptibles de renuncia por las partes. En este punto la doctrina no tiene resquicios de discrepancia, admitiendo como materia de transacción a todos los derechos dudosos o litigiosos que, siendo de interés privado y estando en el comercio, sean susceptibles de disposición y renuncia por los particulares.

Sabemos que los derechos extrapatrimoniales no pueden formar parte del contrato, encontrándose fuera del comercio de los hombres, por lo que se infiere claramente que no pueden ser objeto de transacción. Y ello porque la transacción, siendo un medio para la extinción de las obligaciones, es básicamente un mecanismo contractual.

Los derechos extrapatrimoniales son irrenunciables, por lo que no constituyen objeto de transacción. Por ejemplo, todo lo concer-

niente a la persona humana (como el derecho a la vida, a la salud, al trabajo), a la personalidad (como la capacidad, nacionalidad, estado civil), a la organización de la familia, a la filiación, a las obligaciones o deberes y a los derechos o facultades que la ley confiere a los padres, tutores, curadores o a los cónyuges, comprometen al orden público. Son obligaciones y derechos intransferibles y, por ende, intransigibles.

Al interior del ámbito de los contratos, como se conoce, las personas pueden obligarse de las más variadas formas, sin poder, claro está, contraer obligaciones respecto de los bienes y derechos que se encuentran fuera del comercio de los hombres. Por ello es que los contratos y, por ende, la transacción, no pueden versar sobre esta clase de bienes y derechos.

De lo expresado podría inferirse que la norma bajo comentario resulta inútil, ya que la prohibición de transigir respecto de derechos extrapatrimoniales es obvia. Pero hasta cierto punto al Derecho le interesa sacrificar tecnicismos en aras de proveer de claridad a temas claves (de alguna forma, este precepto nos recuerda la reiterada restricción contractual en caso de perjuicio a terceros).

Hay derechos que siendo patrimoniales (como en el caso de los alimentos), no son susceptibles de transacción. También es inválida la transacción respecto de bienes y derechos patrimoniales en caso de ignorancia respecto de tal derecho. Este sería el caso de quien realiza una concesión respecto de un derecho que ignoraba haber adquirido por sentencia.

Si, por ejemplo, dos personas se encuentran disputando judicialmente la propiedad de un inmueble y el juez dicta sentencia en favor de una de ellas, y ésta, sin saber que el fallo ha sido emitido, renuncia a favor de la otra parte (que ha sido vencida en el juicio), esta transacción sería indudablemente nula en todos los casos,[173] salvo que dicha senten-

---

173 Hay dos posibilidades: una, que ambas partes ignoraban la sentencia antes de la transacción, en cuyo caso al transigir se encontraban en el estado de duda o incertidumbre que las motivó a celebrar la transacción. La otra posibilidad es que la parte perdedora del juicio hubiese conocido la sentencia, por lo que habría actuado de mala fe, lo cual —todavía con mayor razón— da peso al fundamento que anula la transacción. No consideramos la posibilidad de que el victorioso en juicio hubiese conocido su resultado antes de transigir, por resultar esto un absurdo.

cia no constituyera última instancia, y pudiese ser revisada en apelación o casación. De ser éste el caso, la doctrina se inclina por otorgar plena validez a la transacción.

## 6. TRANSACCIÓN SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL PROVENIENTE DE DELITO

Sabemos que no se puede transigir sobre derechos que se encuentren fuera del comercio de los hombres, incorporándose dentro de este rubro a las acciones penales, por interesar al orden público y escapar, por tanto, del ámbito de los particulares.

Sin embargo, caso distinto es la responsabilidad civil que proviene del delito, ya que trata de intereses puramente económicos, es decir, susceptibles de disposición y, en consecuencia, transigibles.

En la mayoría de delitos, ocurrirá que de ellos se derive cierta responsabilidad civil, ya sea titular de ésta el Estado o algún particular. El artículo 1306 del Código Civil señala claramente que sobre esta materia sí cabe transigir:

> Artículo 1306.- *«Se puede transigir sobre la responsabilidad civil que provenga de delito».*

El Estado no considera de interés público la responsabilidad civil derivada de actos delictuales. En este aspecto los particulares tienen la más amplia libertad para concertar una transacción.

Este tema es regulado en forma muy similar por los Códigos Civiles Uruguayo, Ecuatoriano, Venezolano, Chileno, Boliviano, Guatemalteco, Español, Brasileño de 1916 y Argentino.

Resulta evidente, por lo demás, que si cabe transigir acerca de la responsabilidad civil proveniente de delito, con mayor razón será posible transigir sobre la responsabilidad civil proveniente de cualquier acto ilícito que no llegue a revestir tal carácter en el ámbito del Derecho Penal, como sería el caso de las faltas.

## 7. TRANSACCIÓN EFECTUADA POR REPRESENTANTES LEGALES DE AUSENTES O INCAPACES

El artículo 1307 del Código Civil Peruano regula la transacción celebrada por los representantes de ausentes o incapaces:

*Artículo 1307.- «Los representantes de ausentes o incapaces pueden transigir con aprobación del juez, quien para este efecto oirá al Ministerio Público y al consejo de familia cuando lo haya y lo estime conveniente».*

La norma regula supuestos especiales, ya que los ausentes e incapaces requieren la máxima protección por parte del ordenamiento jurídico. Puesto que la transacción supone concesiones, las cuales pueden consistir en verdaderas renuncias o disminución de derechos, resulta indispensable cautelar el interés de los ausentes e incapaces, mediante la exigencia imperativa de que sus representantes legales obtengan la aprobación del Juez, quien por su parte debe oír previamente al Ministerio Público y al consejo de familia (si lo hubiere).

Siendo ésta la regla general para el caso de todos los incapaces y ausentes, es menester armonizarla con los preceptos específicos que a cada uno de ellos destina el Código Civil.

Así, en el caso de los ausentes, son de aplicación los artículos 52 y 56 del Código Civil, que establecen que quienes hubiesen obtenido la posesión temporal de los bienes de los ausentes no pueden gravarlos ni menos aun enajenarlos, salvo casos de necesidad, en la medida de lo indispensable y previa autorización judicial.

En cuanto a los incapaces, se entiende que dentro del término «incapaces» el artículo 1307 comprende tanto a los incapaces absolutos como a los relativos, ya que no cuentan con capacidad de ejercicio plena y ambos, por disposición del propio Código, deben tener representantes.

La norma general sobre representantes legales prescribe que requieren autorización expresa para disponer de los bienes del representado o gravarlos; celebrar transacciones; celebrar compromiso arbitral (hoy, convenio arbitral) y celebrar los demás actos para los que la ley o el acto jurídico exigen autorización especial (artículo 167 del Código Civil).

En el caso de menores sujetos a patria potestad, para transigir se exige a los padres obtener autorización judicial (inciso 3 del artículo 448 del Código Civil). En concordancia con el artículo 447, los padres no tienen la facultad de enajenar ni gravar los bienes de los hijos, ni contraer en nombre de ellos obligaciones que excedan los límites de la administración, salvo por causas justificadas de necesidad o utilidad y

previa autorización judicial. Entonces el juez deberá verificar y evaluar la existencia de necesidad o utilidad.

Para los menores sujetos a tutela, el artículo 532, inciso 1, del Código Civil establece que los tutores no podrán obtener la aprobación judicial si no se da audiencia previa al consejo de familia, en resguardo de los intereses del menor.

## 8. TRANSACCIÓN SOBRE NULIDAD O ANULABILIDAD. EFECTOS

Podría ocurrir que la obligación sobre la cual se transija fuera nula o anulable. Estos casos se encuentran previstos por el artículo 1308 del Código Civil:

> Artículo 1308.- *«Si la obligación dudosa o litigiosa fuera nula, la transacción adolecerá de nulidad. Si fuera anulable y las partes, conociendo el vicio, la celebran, tiene validez la transacción».*

Al analizar la norma contenida en el artículo 1308 resulta necesario distinguir la nulidad de la anulabilidad en las transacciones.

La nulidad, como bien sabemos, tiene lugar de pleno derecho, independientemente de la voluntad de las partes. En caso de anulabilidad, la nulidad existe potencialmente (el acto tiene una «validez actual», pero una «invalidez pendiente»); sólo se requiere, conforme al artículo 222 del Código Civil de 1984, que los jueces la comprueben y la declaren.

Una vez pronunciada la sentencia que declara la nulidad, ya no es posible transigir, porque la transacción se refiere a la acción que pueden intentar las partes respecto de una obligación o un asunto que existe, y la nulidad lo ha eliminado: ya no existe. No se puede transigir sobre lo que ya no existe. Por ello la transacción es también nula. Entonces están excluidas de la transacción las obligaciones que adolezcan de nulidad absoluta y las obligaciones anulables que han sido judicialmente declaradas nulas.

Ahora bien, la primera parte del artículo 1308 es, en realidad, una norma que fluye de la lógica jurídica, de modo tal que sin ella también podríamos llegar a similar conclusión que la planteada en su texto.

Un acto nulo tiene esta calidad y la tendrá siempre. No cabe convalidarlo porque no existe (independientemente de la distinción teórica

entre inexistencia y nulidad, ajena a nuestro Derecho positivo). Y de admitirse principio contrario al establecido en la norma bajo comentario, se estaría dejando abierta una vía para que lo nulo, bajo la forma de una transacción posterior, pudiese llegar a tener algún valor para el Derecho y, por tanto, surtir efectos, solución que, además de absurda, sería muy peligrosa.

No olvidemos que la transacción se celebra necesariamente (cuando tiene como base actos y no hechos jurídicos —caso de la responsabilidad extracontractual—) a partir de actos jurídicos previos que hayan dado origen a las obligaciones o materias ahora controversiales. En tal sentido, apoyará todos sus fundamentos en estos actos primigenios. Y por lo tanto, su eficacia o posibilidad de eficacia estará en relación directa con la de dicho acto. Así, los vicios que afecten al primer acto, afectarán también al segundo. Aquí tenemos dos actos que si bien parecen independientes uno del otro, no lo son en realidad. De allí que si el acto primitivo fuese nulo, la transacción que versa sobre dicho acto también lo sería, siendo irrelevante el hecho de que las partes hubiesen conocido acerca de esta nulidad.

Distinto es el caso en que el acto primigenio no fuese nulo sino anulable. En este supuesto el Código brinda una solución distinta: si las partes conocían de la anulabilidad del acto y, a sabiendas, celebran una transacción sobre el mismo, dicha transacción sí revestirá validez, debido a que la ley supone que a través de la realización de este segundo acto se está produciendo una confirmación tácita del primero. Decimos confirmación tácita, ya que en virtud del artículo 231 del propio Código se establece que el acto queda confirmado si la parte a quien correspondía la acción de anulación, conociendo la causal, lo hubiese ejecutado en forma total o parcial, o si existen hechos que inequívocamente pongan de manifiesto la intención de renunciar a la acción de anulabilidad; y, sin lugar a dudas, la celebración de la transacción, sabiendo que el acto originario era anulable, configurará un supuesto de confirmación del acto jurídico.

En tal sentido, la transacción celebrada en estas circunstancias tendría un doble efecto: por una parte, confirmar un acto jurídico y, por otra, constituirá una transacción propiamente dicha, que solucione controversias suscitadas o derivadas del acto originario.

Insistimos en que la solución dada por el Código Civil a los supuestos de transacciones que versen sobre actos nulos o anulables es distinta,

en razón de que mientras el acto nulo es un acto sin vida, con invalidez total y perpetua, el acto anulable, como hemos manifestado, es un acto de validez actual, pero de una invalidez pendiente, latente, como «en suspenso», la misma que podrá o no tener lugar, dependiendo de si la parte que tiene derecho a ejercitar acción al respecto decide anularlo a través de la vía judicial, o si lo confirma posteriormente.

## 9. SUPUESTOS EN LOS CUALES LA CUESTIÓN SOBRE LA QUE SE TRANSIGE ES, PRECISAMENTE, LA NULIDAD O ANULABILIDAD DEL ACTO

Al tratar acerca del artículo 1308 hemos precisado las consecuencias que tendría una transacción celebrada sobre actos nulos o anulables. Ahora corresponde, en primer lugar, aclarar que no debemos confundir la transacción celebrada sobre actos nulos o anulables, con la transacción sobre la supuesta nulidad o anulabilidad de dichos actos, que es el caso previsto por el numeral 1309 del Código Civil Peruano:

> Artículo 1309.- *«Si la cuestión dudosa o litigiosa versara sobre la nulidad o anulabilidad de la obligación, y las partes así lo manifestaran expresamente, la transacción será válida».*

En efecto, el artículo 1309 legisla los casos en que la materia central de la transacción sea zanjar las diferencias existentes entre las partes sobre si el acto originario era nulo, o sobre si el acto originario era anulable. De no adoptarse este criterio, sería imposible transigir respecto a actos jurídicos cuya nulidad o validez se discute.

Creemos que se podría esbozar una interpretación en el sentido de que, en el caso de los actos nulos de pleno derecho, la transacción sobre dicha nulidad no sería válida, a pesar de lo expresado por nuestra norma positiva. La nulidad absoluta quiere decir que el acto jamás se celebró, por lo que no cabría transigir sobre algo que no existe. En cualquier caso, las partes podrían intentar celebrar otro acto nuevo que no adolezca de nulidad.

Para entender mejor este criterio, recordemos los supuestos de nulidad absoluta: cuando falta la manifestación de voluntad del agente (en cuyo caso jamás hubo acto jurídico y lo que se llamaría «transacción» vendría a ser en realidad el primer acto jurídico y no el segundo); cuando se haya practicado por persona absolutamente incapaz (excepto

en el caso de los incapaces no privados de discernimiento que celebren contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria); cuando su objeto sea física o jurídicamente imposible o indeterminable; cuando su fin sea ilícito (¿cómo podría transigirse respecto de la nulidad de este acto?); cuando adolezca de simulación absoluta (¿se puede hablar de convalidar este acto?); cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad (de esta forma se esquivarían las formalidades constitutivas o *ad solemnitatem*, perdiendo éstas su sentido); cuando la ley lo declara nulo (¿se podría acaso ir contra la ley por convenio privado entre particulares?); y cuando el acto jurídico sea contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres (transigir sobre la nulidad de este tipo de acto sería atentatorio contra el sistema mismo).

Sin embargo, nosotros nos adherimos al contenido del precepto legal, no entendiéndolo como una vía lo suficientemente amplia como para salvar nulidades evidentes, ni menos aun aquéllas de orden público. Creemos que existen numerosos casos en los cuales legítimamente, vale decir, en puro Derecho, las partes pueden tener ante sí un problema derivado de la duda razonable que generaría, por ejemplo, una discusión sobre si la formalidad establecida por ley para celebrar el acto que han pactado era *ad solemnitatem* o *ad probationem* (ello, por no ser claro el texto legal). En un caso como éste, discutible en el plano jurídico, no vemos por qué razón las partes no podrían solucionar sus diferencias recurriendo a una transacción, la misma que estaría referida a llegar a un acuerdo interpretativo sobre su nulidad o validez o, asumiendo la nulidad, tal acuerdo sea el resultado de la creación de alguna o algunas obligaciones que pudieran no tener relación con el acto preexistente que fue materia discutible.

Además, a través de esta vía se deja abierta la posibilidad de que las partes pongan término a asuntos conflictivos de manera eficiente y rápida, sin necesidad de recurrir a los Tribunales de Justicia o, de ser el caso, sin esperar que éstos zanjen la cuestión. Es evidente, por otra parte, que al tratarse de un punto tan controvertido, la sentencia judicial podría resolver en un sentido u otro (por considerar la validez o la nulidad del acto), situación que sería reemplazada por el actuar de las propias partes, quienes (recurriendo a la vieja frase relativa a la transacción) «se estarían dictando su propia sentencia».

Consideramos, por último, que la transacción sería indiscutiblemente válida cuando hubiese versado sobre la anulabilidad del acto o título. Sobre este tema parecen innecesarios comentarios adicionales, pues lo anulable es susceptible de confirmarse.

## 10. INDIVISIBILIDAD DE LA TRANSACCIÓN. EFECTOS

Constituye regla general en el Derecho Peruano, respecto al tema de la divisibilidad o indivisibilidad de las nulidades en un acto jurídico, lo prescrito por el artículo 224 del Código Civil: «*La nulidad de una o más de las disposiciones de un acto jurídico no perjudica a las otras, siempre que sean separables. La nulidad de disposiciones singulares no importa la nulidad del acto cuando éstas sean sustituidas por normas imperativas. La nulidad de la obligación principal conlleva la de las obligaciones accesorias, pero la nulidad de éstas no origina la de la obligación principal*».

Como puede observarse de la lectura del primer párrafo del artículo transcrito, ese precepto está enmarcado dentro del espíritu general del Código Civil de 1984, en el sentido de optar, en esa hipótesis, por la conservación de los actos jurídicos o contratos celebrados, en lugar de sancionarlos con la nulidad o pérdida de eficacia.

El artículo 1310 del Código Civil Peruano, relativo a la transacción, constituye la excepción a la regla del artículo 224:

> Artículo 1310.- «*La transacción es indivisible y si alguna de sus estipulaciones fuese nula o se anulase, queda sin efecto, salvo pacto en contrario.*
>
> *En tal caso, se restablecen las garantías otorgadas por las partes pero no las prestadas por terceros*».

Existen motivos que justifican lo dispuesto en la norma bajo comentario.

La transacción es un acto que tiene por objeto poner fin a un asunto controversial. Por eso, justamente, la transacción debe revestir todas las seguridades de que en el futuro no se suscitarán problemas por el propio acto o por el acto originario.

En opinión nuestra y salvo pacto en contrario —fruto, en este caso, de la autonomía de la voluntad—, resulta imprescindible que la transacción revista validez total.

La transacción es un acto en el cual las partes se hacen concesiones recíprocas. Por ello, de aceptarse el principio general del artículo 224 del Código Civil, podría presentarse la situación de que una cláusula resulte nula o se anulase, y que justamente a través de esa cláusula una de las partes hiciera concesiones a la otra. Si se aceptara la validez del resto del acto, no estaríamos resolviendo un problema, sino creando otro, ya que de la transacción no se deduciría la terminación de una controversia, sino la continuación de la misma o la perpetuación de una situación injusta, bajo el manto de la «cosa juzgada». Como ello resultaría perjudicial para una de las partes, o para ambas inclusive, la ley prefiere optar por la solución contemplada por el artículo 1310, primer párrafo, del Código Civil, que establece la denominada indivisibilidad de la transacción.

Sin embargo, según lo dicho anteriormente, por tratarse de un asunto de interés privado y no de orden público, la ley admite pacto en contrario. Este pacto puede ser previsto en el mismo acto de la transacción, o posteriormente.

En lo que respecta al segundo párrafo del artículo 1310 del Código Civil Peruano, él prevé que de presentarse el supuesto analizado, se restablecen las garantías otorgadas por las partes, pero no las prestadas por terceros.

Si la transacción se anulase, el acto dudoso o litigioso permanecería inalterado y la situación de controversia continuaría presente.

Es respecto del acto controvertido —cuya transacción es nula o anulable— que se restablecen las garantías otorgadas por las partes. Sin embargo, la ley no concede tratamiento similar a las garantías prestadas por terceros, las mismas que no se restablecen, ya que lo contrario equivaldría a someter a esas personas a una permanente inestabilidad jurídica.

## 11. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS A TRAVÉS DE LA SUERTE. APLICACIÓN A ESTE SUPUESTO DE LAS NORMAS DE TRANSACCIÓN

Conforme a lo dispuesto por el artículo 1311 del Código Civil, cuando las partes se sirven de la suerte para dirimir cuestiones, ello produce los efectos de la transacción y le son aplicables las reglas del respectivo Título del Código Civil:

> *Artículo 1311.- «Cuando las partes se sirven de la suerte para dirimir cuestiones, ello produce los efectos de la transacción y le son aplicables las reglas de este título».*

De esta manera, conforme a lo previsto en la norma citada, podría darse el caso de una transacción en la cual las partes no lleguen al acuerdo transaccional como fruto de una negociación —que implica un ceder voluntario y recíproco en cuanto a las pretensiones de origen—. Aquí las concesiones recíprocas estarían sometidas a opciones que la suerte o el azar dirimirá.

Puede ocurrir, en efecto, que las partes tengan más de una alternativa de solución al conflicto y no lleguen a ponerse de acuerdo en cuanto a la decisión de cuál es la más beneficiosa. En este caso, la suerte puede jugar un papel decisivo. Este tipo de transacción implica concesiones recíprocas, mas no en su sentido estricto, pero no deja de ser transacción, en la medida en que existe de por medio la concesión de ambas partes, así como el acuerdo de recurrir al mecanismo de la suerte para solucionar sus conflictos, fruto, este último, que podría entenderse como una recíproca concesión. Ello, en tanto al aceptar que la controversia sea resuelta mediante la suerte, las partes asumen *—a priori—* la posibilidad de que resulte victoriosa (fruto del azar) la posición de la contraria.

## 12. MANERAS DE EJECUTAR LA TRANSACCIÓN JUDICIAL Y EXTRAJUDICIAL

La última de las normas en las que se regula la transacción en el Código Civil de 1984, esto es, la contenida en el artículo 1312, se refiere a la forma en que aquélla se ejecuta:

> *Artículo 1312.- «La transacción judicial se ejecuta de la misma manera que la sentencia y la extrajudicial, en la vía ejecutiva».*

El artículo 1312 del Código Civil Peruano abarca también a los supuestos en que existan derechos dudosos, pero no sometidos a debate judicial. La finalidad, al igual que en la transacción judicial, es agilizar la ejecución de la transacción. Por ello, a fin de asegurar su eficaz cumplimiento, el legislador le atribuyó carácter de título que apareja ejecución, además de la fuerza obligatoria que el ordenamiento jurídico confiere a todo contrato.

Luego de entrar en vigor el Código Procesal Civil que hoy nos rige, desde el 28 de julio de 1993, el tema de la ejecución de la transacción extrajudicial, así como el de la transacción judicial, han pasado a tener regulación expresa en el referido cuerpo normativo, quedando derogadas las normas que, al respecto, recogía el Código de Procedimientos Civiles de 1912.

Conviene señalar que los procesos de ejecución se encuentran normados en los artículos 688 y siguientes del Código Procesal Civil.

# Título VIII
# MUTUO DISENSO

## 1. CONCEPTO

El mutuo disenso, también denominado resiliación (*ressiliation* en Francia), es un modo de extinción de las obligaciones que, por sus características particulares, resulta uno de los pilares en que se fundamenta la base de nuestro sistema, es decir, el libre ejercicio de la autonomía privada.

Como resulta evidente, más allá de que la expresión mutuo disenso ha sido sustituida por la de separación convencional en el Derecho de Familia, ella sigue empleándose en la práctica con mucha frecuencia, y produce, cuando se declara judicialmente, lo prescrito en el artículo 332 del Código Civil, norma que establece que *«La separación suspende los deberes relativos al lecho y habitación y pone fin al régimen patrimonial de sociedad de gananciales, dejando subsistente el vínculo matrimonial»*.

Resulta claro que, dentro del marco del Derecho de Familia Peruano, la causal establecida en el artículo 333, inciso 11, del Código Civil, para la separación de cuerpos (como dijimos, antes llamada mutuo disenso y ahora separación convencional), busca que ambos cónyuges, de común acuerdo, decidan poner fin a parte importantísima de los derechos, deberes y obligaciones nacidos del matrimonio, tal como se puede apreciar de la lectura del citado artículo 332. Sin duda, el mutuo disenso o separación convencional constituye la manera más pacífica para los cónyuges que han llegado a la convicción

de que continuar con el matrimonio contraído carece de sentido, ya sea por incompatibilidad de caracteres, o incluso por la existencia de alguna otra causal de separación de cuerpos de las enumeradas en los incisos 1 al 10 del artículo 333, algunas de ellas irritantes para los cónyuges, razón por la cual deciden no ventilarlas públicamente a fin de evitar escándalos y daños morales a la pareja, a su descendencia y, en general, a su entorno familiar.

Como sabemos, cuando una pareja se separa por mutuo disenso, lo que persigue es poner fin a la relación y conjunto de derechos y deberes impuestos por la ley a quienes contraen matrimonio. Lo que se busca con esta figura no es otra cosa que poner término a los efectos de un acto jurídico por acuerdo de partes; de esas mismas partes que anteriormente convinieron en la celebración del acto cuyos efectos buscan ahora hacer cesar.

El mutuo disenso tiene efectos a partir del momento en que se declara y éstos jamás son retroactivos. Este principio es absoluto en el mutuo disenso del Derecho de Familia, mas en el ámbito contractual podría actuar *ex tunc* en caso de que las partes optaran por ello, como veremos más adelante. Esto significa que más allá de cualquier situación entre los cónyuges, consistente en una separación de hecho no declarada por los Tribunales de Justicia, para el Derecho tal separación recién se produciría desde que se declara el mutuo disenso o separación convencional.

En efecto, así como el contrato privado celebrado libremente entre dos partes (cuyas únicas restricciones o limitaciones se encuentran en la frontera de los derechos de los terceros y las normas que interesan a la moral, al orden público y a las buenas costumbres) constituye la consagración del postulado de la autonomía de la voluntad privada, la misma que incluye la libertad de contratar y la libertad contractual, el mutuo disenso es la coronación de esta libertad, ya que es el acuerdo de los mismos contratantes para dejar sin efecto el contrato que los liga. Sólo las propias partes que por medio del contrato crearon una relación jurídica obligacional pueden decidir —y llevar a la práctica tal decisión— ponerle fin, extinguirla; la misma voluntad que tuvo la facultad de crear el vínculo es la que puede resolverlo.

Es, pues, en mérito a la autonomía de la voluntad privada, como eje de nuestro sistema de Derecho, que el legislador delega en los par-

ticulares la potestad de crear, organizar y deshacer la mayor parte de sus relaciones mediante actos jurídicos, particularmente las relaciones de contenido económico o patrimonial.

El mutuo disenso, según hemos indicado, es un medio extintivo obligacional que proviene de un consentimiento prestado de manera opuesta o contraria al primigenio. Se trata, entonces, de un contrato cuyo contenido es justamente lo inverso a la constitución del vínculo obligatorio, con el cual se elimina, en virtud de la voluntad de ambas partes, el acuerdo anterior. De esta forma las partes, que como requisito deben tener la libre disposición de sus bienes, convienen en dejar sin efecto un contrato previo. Por esta razón (ya que lo consideran innecesario), no todos los Códigos Civiles lo regulan, pues, basándose en la libre autonomía de la voluntad, la persona, en función de la satisfacción de sus necesidades, o de su interés jurídico, es libre tanto para generar vínculos jurídicos, como para hacer surgir obligaciones contractuales y extinguirlas.

Este medio extintivo opera únicamente en los contratos bilaterales, ya que en los contratos unilaterales (o de prestación unilateral) bastaría con dejar sin efecto la prestación del único deudor, por acuerdo al que llega con su acreedor, lo cual sería equivalente a una remisión o condonación de deuda.

Es razonable, luego de estas consideraciones acerca de la naturaleza contractual del mutuo disenso, formularse la interrogante sobre la razón por la que esta figura se encuentra ubicada en el Código Civil como un medio de extinción de las obligaciones, junto al pago, la novación, la compensación, la condonación, la consolidación y la transacción. La Comisión Revisora del Proyecto de Código Civil de 1984 ubicó al mutuo disenso como uno de los medios para extinguir obligaciones y no como un contrato (a pesar de identificar su naturaleza como más adecuada a éstos), por motivos didácticos y de ayuda a los operadores del Derecho, más que por sistemática.

## 2. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL MUTUO DISENSO DENTRO DE LOS ACTOS JURÍDICOS

El artículo 1313 del Código Civil Peruano de 1984 define el mutuo disenso como el acuerdo de las partes para dejar sin efecto el acto jurídico que han celebrado anteriormente:

> *Artículo 1313.- «Por el mutuo disenso las partes que han celebrado un acto jurídico acuerdan dejarlo sin efecto. Si perjudica el derecho de tercero se tiene por no efectuado».*

A pesar de la amplitud de la definición del Código, según la cual se permite resolver un acto jurídico preexistente, el mutuo disenso no es un modo genérico de extinguir obligaciones (como es el caso del pago, la condonación, la consolidación, etc., mediante los cuales también se pueden extinguir obligaciones extracontractuales), ya que su ámbito está limitado a extinguir obligaciones derivadas de los contratos.

En primer lugar, constituye requisito básico para un mutuo disenso, que previamente las partes hayan celebrado un contrato cuyas prestaciones aún no estén cumplidas, al menos en su totalidad, pues no se puede extinguir ni lo que aun no existe ni lo que ya no existe.

En relación al grado de ejecución de las prestaciones contractuales y el mutuo disenso, debe tenerse en cuenta que el único requisito será el que ambas partes que han celebrado el contrato tengan prestaciones cuyo cumplimiento se encuentre todavía pendiente, no importando el grado de ejecución que haya revestido dicho cumplimiento, siempre y cuando el mismo no haya sido total.

Este contrato debe ser de prestaciones recíprocas, como ya lo hemos señalado, y debe encontrarse en estado de perfección, es decir, debe tener existencia y ser susceptible de producir efectos jurídicos.

El mutuo disenso no opera, como lo hemos manifestado, en relaciones obligacionales en las que sólo una de las partes se encuentra obligada con la otra, pues aquí la extinción por acuerdo de partes de dicha obligación sería una condonación. Sólo es posible que se configure el mutuo disenso cuando se ha perfeccionado un contrato bilateral.

Asimismo, este instituto importa un consentimiento en sentido contrario al ya formado. Y siendo el contrato una especie del género (acto jurídico) en que debe existir como elemento sustancial el consentimiento (además de sujeto capaz, objeto lícito y forma establecida o no prohibida por la ley), se infiere sin lugar a dudas que el mutuo disenso sólo puede convenirse dentro de un contrato y no en cualquier acto jurídico.

En suma, el mutuo disenso sólo resulta de aplicación a los actos bilaterales o a los plurilaterales (aquéllos en cuya celebración intervienen más de dos partes).

Esto puede deducirse de la propia definición de mutuo disenso, en la medida en que el numeral 1313 del Código Civil Peruano alude a que por él las partes que han celebrado un acto jurídico acuerdan dejarlo sin efecto. Ello significa que si bien el ámbito de aplicación del mutuo disenso trasciende el área contractual, necesariamente tenemos que estar ante actos jurídicos que hayan sido celebrados por dos o más partes. Si se tratara de un acto jurídico celebrado por una parte, como es el caso de la promesa unilateral de recompensa o del testamento, y la parte que lo celebró deseara dejarlo sin efecto, podrá hacerlo recurriendo a la revocación del mismo, siempre que tal situación le esté permitida por la ley y no atente contra derechos de terceros.

Por otra parte, se cuestiona que el mutuo disenso resulte aplicable en los actos celebrados por dos o más partes, pero en los cuales sólo una de ellas asume obligaciones. Si tomamos en sentido estricto el concepto legal peruano de mutuo disenso, no habría inconveniente en inferir que esta figura también resultará de aplicación a los actos bilaterales celebrados a título de liberalidad, tales como el contrato de donación o cualquier otro acto en el cual una sola de las partes se obligue a ejecutar una prestación sin esperar retribución o contraprestación alguna. Pero, reiteramos, en estos casos sería prácticamente imperceptible la línea divisoria existente entre un mutuo disenso y una condonación, en la medida de que la figura podría ser fácilmente encuadrada tanto en una como en otra institución.

Por regla general y principio básico, un acto jurídico bilateral o un contrato no puede ser modificado, ni disuelto, ni creado por voluntad de una sola de las partes, salvo que lo hayan acordado en favor de una o de las dos partes o en los casos permitidos por la ley (contrato de arrendamiento de duración indeterminada, artículo 1703), comodato (artículo 1737), contrato de obra (artículo 1786), depósito (artículo 1830), entre otros.

Siendo el contrato el resultado de dos voluntades concordantes, se requiere para su disolución, de ordinario, el consenso de las partes que lo celebraron.

El mutuo disenso, como sabemos, se sustenta en el ejercicio de la autonomía de la voluntad y es el resultado del acuerdo basado en la recíproca conveniencia de las partes de la relación obligacional de no dar curso ulterior al contrato, es decir, de eliminarlo. Por ello es que el

mutuo disenso es un contrato por el que se resuelve el contrato existente, cuya causal (el mutuo interés de las partes para dejarlo sin efecto) es sobreviniente a su celebración (artículo 1371).

Debemos destacar que el mutuo disenso podrá ser calificado como una resolución convencional únicamente cuando nos encontremos dentro del ámbito de los contratos. Ello será así dentro del Derecho Peruano, por razones de evidente sistemática, en la medida en que la resolución es una figura que está contemplada únicamente para dejar sin efecto los contratos, mas no los otros actos jurídicos plurilaterales que no tengan carácter contractual. Dentro de tal orden de ideas, solamente se podría decir que el mutuo disenso es equivalente a la resolución en el ámbito contractual.

Empero, como hemos señalado, en el Derecho de Familia no podría recibir la denominación de resolución. En este ámbito simplemente seguirá denominándose mutuo disenso o separación convencional, dentro de la nueva nomenclatura adoptada por el Código Procesal Civil, modificatorio, en esta materia, del Código Civil.

Además, al haber manifestado que el mutuo disenso, en materia contractual, sólo es aplicable a los contratos celebrados a título oneroso, y por las mismas razones que descartamos a los contratos celebrados a título gratuito de su ámbito de aplicación, creemos que si en un contrato a título oneroso una de las partes ya hubiera ejecutado la integridad de sus prestaciones, en tanto la otra todavía tuviera que ejecutar alguna de ellas o una fracción de las mismas, la situación sería muy similar a la de un contrato celebrado a título gratuito y si, en ese estado de cosas, las partes llegaran a un acuerdo para dejar sin efecto el acto celebrado, nos encontraríamos en similar situación que aquélla que nos hacía ver como casi imperceptible la línea divisoria existente entre el mutuo disenso y la condonación.

Para finalizar este punto, señalaremos que el mutuo disenso se celebra por voluntad de las partes y —como regla— no requiere de pronunciamiento judicial para que produzca efectos jurídicos, es decir, para que se perfeccione. Por medio del consentimiento se deja sin efecto lo que hizo el propio consentimiento; esta extinción tiene fuerza obligatoria. Esto es lo que también se conoce en doctrina como consenso contrario o *contrarius consensus*, y no es más que un contrato para disolver un contrato anterior. Se podría decir que se trata de un contrato

liberatorio, ya que no crea sino que extingue obligaciones. Como ha sido visto, la excepción está constituida por el mutuo disenso como causal de separación de cuerpos y eventual ulterior divorcio, en Derecho de Familia, área en la cual sí se requiere la aprobación judicial del mutuo disenso, para que el mismo sea eficaz.

Hay autores que describen al mutuo disenso (por sus efectos y su origen consensual) como una condonación recíproca y correlativa, puesto que cada parte condona la obligación activa de la que es titular. Pero no lo confunden con un contrato gratuito, pues la condonación en esta analogía tiene como contrapartida la condonación que, a su vez, realiza la otra parte.

El mutuo disenso, para su validez, debe reunir los requisitos generales que exige la ley peruana. Si el contrato original fuera nulo, no produciría efecto alguno y, por consiguiente, el mutuo disenso destinado a resolverlo carecería de objeto.

Si el mutuo disenso versara sobre bienes inmuebles, sería un acto susceptible de ser inscrito en el Registro respectivo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2019 del Código Civil.

## 3. LA FORMALIDAD DEL MUTUO DISENSO

El mutuo disenso es un acto típico que, en sede de obligaciones y contratos, es de carácter consensual.

Ni el Código vigente, ni el derogado Código de 1936, le señalan a la figura una forma definitiva, o una forma solemne para su perfeccionamiento, ni para su validez, por lo cual no estaría, en principio, sujeto a formalidad alguna. No obstante lo cual, la opinión que predomina en la doctrina indica que, cuando la ley exige solemnidad para el contrato que se quiere extinguir, la misma formalidad debe seguirse para su resolución, extinción o mutuo disenso. De esta manera si, por ejemplo, el contrato hubiera sido inscrito en los Registros Públicos, será necesario que su extinción se inscriba ahí, principalmente a fin de que sea conocida por todos.

En nuestra opinión el mutuo disenso, más allá de ser un medio extintivo de la eficacia de los actos jurídicos (condición con la que está regulado en el Código Civil Peruano), cuando versa sobre materia exclusivamente patrimonial, es un contrato, ya que se ajusta al artículo 1351

del propio Código, al ser un acuerdo de dos o más partes destinado a extinguir una relación jurídica patrimonial.

El artículo 1413 del Código Civil, por su parte, dispone que las modificaciones del contrato original deben efectuarse en la forma prescrita para ese contrato. Resulta evidente que este numeral es incompleto, ya que los contratos no sólo pueden ser modificados por otros contratos posteriores, sino también regulados o extinguidos, según la lógica que imponen los artículo 1351 y siguientes del Código Civil.

Así, si se tratara de la modificación de un contrato, es evidente que el tema de la formalidad estaría regulado explícitamente .

Pero si estuviésemos ante un contrato extintivo (caso del mutuo disenso en materia netamente patrimonial), tendríamos que aplicar por analogía el citado artículo 1413 del Código Civil, pues resulta ostensible que si para sólo modificar un contrato anterior se exige el cumplimiento de la misma formalidad, con mayor razón deberá exigirse tal formalidad para su extinción, entendiéndose que la extinción es el grado máximo de modificación de una relación contractual, al extremo de que se decide variarla tan radicalmente que llega a extinguir sus efectos.

## 4. CARÁCTER IRRETROACTIVO DEL MUTUO DISENSO

En términos generales, podemos empezar señalando que, a diferencia del mutuo disenso en Derecho de Familia, cuyo carácter irretroactivo es absoluto, en Derecho de Obligaciones la irretroactividad puede ser relativizada por las propias partes, quienes en función de la autonomía de la voluntad pueden convenir en que sus efectos se produzcan desde el momento de la formación de la relación jurídica (es decir, desde la celebración del acto jurídico que se desea extinguir), pero sin perjudicar los derechos de terceros. Sin embargo, se trata de algo excepcional, ya que de no mediar acuerdo de partes en este punto concreto, el mutuo disenso opera hacia el futuro.

Esta solución, a nuestro juicio, es correcta, porque obedeciendo el mutuo disenso a una causa posterior a la celebración del acto jurídico (el acuerdo de partes), sería erróneo y hasta peligroso que el legislador determine la retroactividad de sus efectos. Sin embargo, nada obsta para que en la práctica las partes convengan en retrotraerlos, sin perjuicio, tal como hemos expresado, del derecho de terceros.

Por otra parte, como quiera que por el mutuo disenso se extinguen las obligaciones creadas por las partes con anterioridad, es consecuencia lógica —en los contratos que no son de ejecución continuada o periódica— que éstas deben restituirse recíprocamente las prestaciones que ya se hubiesen cumplido.

Por ejemplo, cuando se trata de contratos con efectos traslativos, al resolverse el contrato por mutuo disenso en forma automática queda sin efecto el título de adquisición del adquirente.

En suma, concluimos manifestando que, en términos generales, el mutuo disenso no tiene efectos retroactivos en la medida en que hace cesar los efectos del acto celebrado anteriormente desde el instante en que es eficaz, lo que en materia de Derecho Patrimonial se producirá inmediatamente después de su celebración, y en sede de Derecho de Familia cuando quede consentida y ejecutoriada la resolución judicial de la Sala de Familia de la Corte Superior respectiva que apruebe la separación convencional o por mutuo disenso.

La excepción a este criterio, lo reiteramos, es el propio acuerdo de las partes en convenir libremente retrotraer sus efectos para que opere *ex tunc* y no *ex nunc*, siempre y cuando no se perjudique a terceros. De lo contrario, el mutuo disenso obra sólo para el futuro.

## 5. LA INEFICACIA DEL MUTUO DISENSO CUANDO PERJUDICA EL DERECHO DE TERCERO

El artículo 1313 del Código Civil Peruano establece en su parte final que el mutuo disenso se tiene por no efectuado cuando perjudique el derecho de un tercero. Esta especificación, destinada a proteger al tercero que adquirió derechos de una de las partes con anterioridad al mutuo disenso, consagra una vez más la doctrina de los derechos adquiridos, los mismos que no pueden verse afectados por decisiones privadas.

Siendo éste un principio básico que se encuentra inmerso en nuestro sistema, pudiera parecer una suerte de redundancia plasmarlo en la norma positiva, y ciertamente lo es, en términos de rigor conceptual, pero consideramos que no siempre el exceso constituye un pecado, particularmente cuando se trata de resguardar los derechos adquiridos, que es una de las formas de proporcionar seguridad jurídica.

Entonces, no obstante que las partes que integran una relación jurídica obligacional son absolutamente libres para optar por el mutuo disenso, éste no es eficaz si perjudica a un tercero.

Un ejemplo de este acertado criterio lo constituye el derecho de retracto que surge como consecuencia de una venta. El mutuo disenso, eventualmente acordado por el vendedor y el comprador, no altera ni perjudica la situación del tercero que adquiere la facultad de retraer, ya que su derecho emana de la ley (artículo 1592 del Código Civil) y, por tanto, no requiere que previamente se encuentre inscrito para ser oponible.

Podría ocurrir, sin embargo, que a pesar de la existencia de un tercero que hubiera adquirido derechos de una de las partes, el mutuo disenso celebrado entre éstas no lo perjudicara. En estos casos, el tercero no tendría interés alguno en alegar la ineficacia del mutuo disenso y, de hecho, si lo hiciera, al no poder probar el daño, no procedería la acción. El artículo 1313 es claro al mencionar que debe haber un perjuicio para el tercero. Es decir, no basta que exista un mutuo disenso y un tercero con derechos adquiridos de una de las partes, sino que debe haber un daño para este tercero como consecuencia de la extinción de la relación jurídica (artículo 1313 *in fine*: «*Si perjudica el derecho de tercero se tiene por no efectuado*».).

En suma, el mutuo disenso únicamente puede producir efectos para el futuro y no hacia el pasado. No opera, en principio, retroactivamente. La razón, como hemos explicado, es el eventual perjuicio a terceros. Por ello, si el contrato o la relación jurídica fue resuelta en virtud del mutuo disenso, los derechos constituidos sobre el bien materia de dicho contrato en el lapso que transcurre entre su celebración y el mutuo disenso subsisten, debido a que la voluntad privada de las partes no es soberana si atenta contra los derechos de terceros.

Ésta constituye, como sabemos, la única limitación al ejercicio del libre albedrío. Los derechos adquiridos por terceros son las fronteras que no puede cruzar la autonomía de la voluntad. Empero, esto no quiere decir que en ningún caso el mutuo disenso pueda ser retroactivo, ya que de no existir esta barrera, de no haber terceros que pudieran salir afectados, entonces nada impediría a las partes convenir en que los efectos se retrotraigan hacia el pasado.

Finalmente, debemos precisar que resulta indiferente que el tercero haya adquirido su derecho a título gratuito u oneroso. Sea cual fuere la forma de adquisición, su derecho está amparado, ya que el legislador consideró, siguiendo el criterio del profesor José León Barandiarán, que la seguridad de los actos jurídicos justifica la solución adoptada.

La acción de ineficacia del mutuo disenso que promueva el tercero opera de manera distinta a la acción de ineficacia regulada por el artículo 195 del Código Civil, la cual exige, en el caso de los actos a título oneroso, que haya habido dolo de las partes, es decir, acuerdo a fin de causar un perjuicio al derecho del tercero acreedor. En el mutuo disenso resulta irrelevante la mala fe o el dolo, ya que haya habido o no el *consilium fraudis*, el mutuo disenso no puede oponerse al tercero. Como ya hemos explicado, sólo se requiere que el tercero sea perjudicado para que pueda interponer la respectiva acción de ineficacia.

Vemos, pues, que estamos ante una norma de carácter objetivo, en la que la intencionalidad subjetiva de las partes no entra a tallar. Lo único que cuenta es la verificación de los factores de índole objetivo, como, en primer lugar, si el mutuo disenso resulta perjudicial al tercero, y luego constatar si la totalidad de los actos jurídicos se han realizado fuera de la protección del Registro, si el derecho del tercero proviene de la ley, si dicho tercero ha inscrito su derecho adquirido en el lapso comprendido entre la celebración del contrato original y la concertación del mutuo disenso de éste (es decir, *medio tempore*), si ha habido tradición al tratarse de bienes muebles, etc.

# Título IX
# INEJECUCIÓN DE OBLIGACIONES

## Capítulo Primero
## DISPOSICIONES GENERALES

### 1. CONSIDERACIONES GENERALES

La mayor parte del contenido del Libro VI del Código Civil Peruano, relativo al Derecho de Obligaciones, se refiere a las obligaciones en sí mismas y a sus diversas clasificaciones, discurriendo por el pago o cumplimiento y abordando los diversos medios extintivos de las obligaciones distintos del pago.

Todo esto forma parte de la mecánica existencial de la obligación, la misma que se inicia con su nacimiento —ya sea en virtud de la voluntad humana o de la ley—, y que está destinada a concluir con el equivalente a la muerte de los seres humanos, la que puede producirse por las más variadas causas, en donde el pago representa algo así como la muerte por causas naturales, en tanto que los demás medios extintivos son el equivalente a la muerte derivada de otras causas.

Pero el lector podrá apreciar que aquello que busca el Derecho es que las obligaciones se cumplan —paguen— o que se extingan en virtud de los medios establecidos por la ley. El Derecho no quiere que se produzca su incumplimiento.

Si bien es cierto que la inmensa mayoría de las obligaciones que se contraen en una sociedad —sea por convención entre las partes o

por mandato de la ley— se cumplen, existe un número relativamente significativo de las mismas que se deja de cumplir.

Es aquí donde el Derecho de Obligaciones debe proporcionarnos los mecanismos necesarios para intentar solucionar tales problemas. Se podría decir que es al momento del incumplimiento cuando el Derecho de Obligaciones es puesto a prueba para demostrar su eficacia y utilidad.

Como sabemos, uno de los rasgos característicos de las obligaciones civiles es el de su exigibilidad, la misma que puede traducirse en el hecho de que el acreedor requiera al deudor —a través de los tribunales de justicia o en la vía arbitral, si fuese el caso— la ejecución forzosa de la obligación; y, si ello no fuera posible, el acreedor puede reclamar al deudor el pago de una indemnización por los daños y perjuicios sufridos derivados de su incumplimiento. Pero demás está decir que el camino de la indemnización por daños y perjuicios usualmente se complementa con la ejecución forzosa.

Se trata, en suma, de la necesidad de que el Derecho de Obligaciones construya todo un andamiaje destinado a buscar el cumplimiento en resguardo del acreedor, ante un deudor que no cumple y que no puede eximirse de responsabilidad por dicho incumplimiento. De ahí la importancia de los últimos capítulos del Libro de Derecho de Obligaciones del Código Civil Peruano, que integran el Título IX referido a la inejecución de las mismas. Esta parte del Código no es la primera donde se regula el incumplimiento, así como tampoco sus consecuencias, pues existen diversos preceptos referidos al tema que lo abordan en forma aislada; pero sí es la primera ocasión en que la ley establece de manera orgánica y sistemática cuáles son esas consecuencias y en qué consiste el mecanismo que trata sobre las mismas.

Por otro lado, es claro que si una obligación se cumple, resultaría inútil pensar en la aplicación de las normas consignadas en este Título, pues sus preceptos sólo adquieren relevancia cuando nos encontramos frente al incumplimiento.

Debemos expresar que el tema de la ejecución y la inejecución de las obligaciones no sólo presenta una faceta de orden jurídico entre las partes, sino también otra de naturaleza social, pues a la sociedad en su conjunto le interesa que las obligaciones se cumplan y que no abunden deudas que se dejen de pagar, ya que una situación de esta

naturaleza conduce a la proliferación de conflictos entre particulares, lo que conlleva a un desmesurado aumento de litigios y congestión en los tribunales de justicia, por acción de quienes recurren al Estado para hacer valer los derechos que no se vieron honrados por aquéllos a quienes correspondía hacerlo.

Precisa destacarse la importancia de que en el Perú se fomente una cultura de pago, para la sana convivencia de las personas y la tranquilidad social. Todo aquél que tiene la condición de deudor debe también saber que es responsable del fiel cumplimiento de sus obligaciones, y que sólo podrá liberarse de las mismas si ocurre alguna situación excepcional que le impida pagar; es decir, que no le permita proceder conforme a lo convenido por la voluntad de las partes o a lo prescrito por la ley.

Tanto el incumplimiento absoluto de una obligación, como el cumplimiento parcial, excesivo, anticipado, tardío, defectuoso o no adecuado de la misma, nos coloca en el campo de la inejecución de obligaciones, más allá de los diversos aspectos que se pueden apreciar en relación con las consecuencias prácticas del tema.

En cada tipo de inejecución —parcial, total, tardía, defectuosa— hay consecuencias diversas y, además, en función de las variables del factor de atribución correspondiente, también variarán dichas consecuencias. En algunos casos —si hay culpa o dolo— habrá responsabilidad, y en otros —ausencia de culpa, caso fortuito o fuerza mayor— no la habrá. En ciertos casos se disolverá el vínculo, liberando al deudor; en otros éste será imputable y deberá resarcir al acreedor con la indemnización que corresponda; también, según el caso, la prestación deteriorada sin culpa del deudor reducirá el monto de la contraprestación, etc.

## 2. SUPUESTOS EN LOS CUALES SE PRODUCE LA FRACTURA DE LA RELACIÓN CAUSAL

En primer lugar, se debe analizar si el incumplimiento se debe a una causa imputable o a una causa no imputable.

Al respecto, debemos señalar que uno de los factores de atribución de responsabilidad civil es la causalidad que debe existir entre el hecho o la omisión dolosa o culposa y los daños y perjuicios originados; entre ellos debe apreciarse una conexión de causa y efecto.

Sin embargo, existen situaciones en las cuales resulta erróneo asignar responsabilidad por daños que se originen no sólo por factores extraños, sino también que se presenten perjuicios que precisamente no derivan de los hechos u omisiones (directas) dolosas o culposas del «agente». Aquí se produce una irrupción que interrumpe el nexo de causalidad entre la conducta del agente y el daño. Esas circunstancias son las que originan la fractura de la relación causal.

El hecho de la irrupción en el nexo causal puede no sólo exonerar la responsabilidad, sino también justificarla y excluirla.

### 2.1. Incumplimiento del deudor a pesar de haber empleado la diligencia ordinaria requerida por las circunstancias

Si una persona emplea la «diligencia ordinaria requerida por las circunstancias», y a pesar de ello deja de cumplir con la obligación asumida, resulta razonable que tal particularidad u ocurrencia sea considerada como una determinante de la ruptura de la relación causal.

El tema del incumplimiento, a pesar de haber obrado con total diligencia, según las circunstancias, está regulado por el numeral 1314 del Código Civil Peruano, el mismo que constituye la puerta de entrada al Título de Inejecución de Obligaciones. En efecto, dicha norma prevé que la inejecución comprende tanto el incumplimiento, como el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

El texto del artículo 1314 es el siguiente:

> *Artículo 1314.- «Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso».*

El dispositivo bajo comentario establece la pauta de inimputabilidad, dada por el concepto de la culpa. Si bien el texto no menciona expresamente el término «culpa», se infiere nítidamente que su presencia es requerida para atribuir imputabilidad, al disponer que no es imputable por las consecuencias del incumplimiento quien actúa con la diligencia ordinaria requerida.

Si partimos de la premisa de que quien actúa con dicha diligencia no es imputable de la inejecución o cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, llegamos a la conclusión evidente de que quien no

actúa con tal diligencia sí es imputable (o responsable) de la inejecución o cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación.

Esto quiere decir que a efectos de establecer la responsabilidad de quien ha incumplido o cumplido parcial, tardía o defectuosamente con su obligación, se debe partir del análisis de su culpabilidad. En otras palabras, la responsabilidad en la inejecución de obligaciones es de tipo subjetivo.

¿En qué casos podría un deudor no ser imputable por su incumplimiento? En principio, cuando habiendo actuado con la «diligencia ordinaria requerida» no ha cumplido satisfactoriamente con la prestación a su cargo. Esto implica, ciertamente, elaborar un análisis conceptual para estructurar el marco dentro del cual se considera que existe tal diligencia exoneratoria de responsabilidad.

Uno de los coautores de esta obra, en la Exposición de Motivos[174] del numeral antes referido, señala lo siguiente:

«El artículo 1314 prescribe que quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso. La norma se refiere a la causa no imputable, es decir, a la ausencia de culpa, como concepto genérico exoneratorio de responsabilidad. Basta, como regla general, actuar con la diligencia ordinaria requerida para no ser responsable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento irregular. Es justamente ese principio el que determina las consecuencias de la ausencia de culpa.

En caso de ausencia de culpa el deudor no está obligado a probar el hecho positivo del caso fortuito o fuerza mayor, es decir, la causa del incumplimiento por un evento de origen conocido pero extraordinario, imprevisto e inevitable. En la ausencia de culpa el deudor simplemente está obligado a probar que prestó la diligencia que exigía la naturaleza de la obligación y que correspondía a las circunstancias del tiempo y del lugar, sin necesidad de demostrar el acontecimiento que ocasionó la inejecución de la obligación».

---

174 Osterling Parodi, Felipe. *Las Obligaciones*. Biblioteca Para leer el Código Civil. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1988, vol. VI, pp. 198 y 199.

Para nuestro ordenamiento —y, en general, éste constituye el criterio de responsabilidad que sigue la mayor parte de los sistemas de la familia romano germánica—, el actuar con la diligencia ordinaria requerida exonera al deudor de la responsabilidad por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso. En los demás casos —desde la culpa leve, hasta la culpa inexcusable y el dolo—, el deudor sí es imputable e incurre en responsabilidad. Y de ser imputable, el deudor está sujeto al pago de la correspondiente indemnización por los daños y perjuicios causados por su inejecución. Como ya hemos manifestado, la inejecución se aplica a las obligaciones con prestaciones de dar, de hacer o de no hacer.

Apunta la doctrina que tres son los requisitos para que se constituya el incumplimiento imputable:

(a) Que se trate de un obrar humano.

Siempre es una conducta, un comportamiento del sujeto que se manifiesta por un hecho exterior, positivo o negativo.

(b) Que se trate de un incumplimiento contrario a Derecho.

Entendido el Derecho como totalidad, es decir, integrado no sólo por la ley en sentido lato (incluyendo las cláusulas contractuales), sino también —en expresión de la doctrina— por los principios jurídicos superiores. En el plano contractual, si se acepta la teoría normativa (según la cual las cláusulas convencionales son verdadero «derecho objetivo»), también debe admitirse que su violación está comprendida en el concepto de antijuridicidad.

(c) Que preexista una obligación anterior.

Hay incumplimiento cuando se debe una prestación y no se la ejecuta.

Nuestro ordenamiento exige diligencia ordinaria en el cumplimiento de las obligaciones. En caso contrario el deudor incurre en responsabilidad. La dificultad consiste no sólo en definir, sino en dar consistencia objetiva a esta categoría, a fin de llevarla a un uso jurídico justo y eficaz.

La diligencia ordinaria importa una conducta o comportamiento —pudiendo ser esta actividad negativa— que el deudor debe desplegar para satisfacer el interés del acreedor, es decir, el deber del deudor

consiste en la ejecución de la prestación debida. El carácter subjetivo de nuestro ordenamiento está marcado, pues, por este requisito de «diligencia ordinaria», ya que de lo contrario, si tan sólo importase el resultado —sin considerar conducta, actividad o comportamiento alguno por parte del deudor—, sería irrelevante que el deudor hubiese actuado diligente o negligentemente, puesto que sólo se evaluaría dicho resultado, y esta evaluación devendría en objetiva. El cumplimiento o incumplimiento sería todo lo que habría que verificar a efectos de la determinación de responsabilidad.

Más aún, la responsabilidad «objetiva» —donde no interesa la existencia de culpa o dolo— ya ingresa más al campo del riesgo creado, el mismo que calibra la graduación de la responsabilidad, así como la determinación y la imputación de ésta.

Para Cabanellas,[175] el término «diligencia» ostenta múltiples y trascendentes significados jurídicos: cuidado, solicitud, celo, esmero, desvelo en la ejecución de alguna cosa, en el desempeño de una función, en la relación con otra persona, etc. Los demás significados apuntan más a su acepción de trámite, siendo la acepción general la que nos atañe. Al respecto, Cabanellas amplía: «La *diligencia* se erige en la clave de la observancia de las obligaciones legales y aun voluntarias; y determina, en su declinación o falta, la calibración de la *culpa*, desde el rigor de la *grave* a la eventual exigencia de las resultas de la *levísima*. Como desempeño de funciones y cargo, el eclipse de esta *diligencia* —en el parcial de la *negligencia* o en el total de la *omisión*— origina además eventuales sanciones punitivas, con la pérdida de los puestos desempeñados y el resarcimiento económico pertinente. Así, pues, se está en el antídoto más eficaz frente a las *responsabilidades* de carácter civil, penal o profesional».

Pero seguimos en la misma indefinición, que constituye invariablemente el «lado oscuro» de adoptar patrones subjetivos para la determinación de la responsabilidad. La indefinición está dada por el criterio de conceptualización o demarcación de territorio del término «diligencia». ¿Qué entendemos, o mejor dicho, cómo medimos la diligencia con que actuó o dejó de actuar un sujeto que no ha cumplido con

---

175 CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L., 1989, tomo III, p. 253.

su obligación? Esto, como vemos, resulta fundamental y constituye el punto neurálgico en la inejecución de las obligaciones, puesto que en función al uso de este instrumento es que se determinará la existencia de responsabilidad y, en su caso, de su graduación.

Entramos, pues, al terreno de las ambigüedades, terreno que puede ser peligroso, a menos que la solución jurídica revista características de tipo objetivo que la sustraigan de la abstracción. Sabemos que las abstracciones tienen de positivo la flexibilidad que permite adecuarse al caso particular, atendiendo a los principios de justicia e igualdad,[176] pero al mismo tiempo entrañan el riesgo de caer en la incertidumbre, que acarrea inseguridad. Un criterio puramente objetivo puede ser seguro, en tanto es inamovible y difundido, siendo el caso, por ejemplo, de la multa por inobservancia de la señal de tránsito. Es irrelevante determinar si la persona que cruzó con su automóvil la avenida estando el semáforo en rojo se encontraba en estado de ebriedad,[177] o simplemente distraída, o en un estado de aprensión absoluta debido a que acudía al hospital porque se acababa de enterar de que su hijo había sufrido un grave accidente. En cualquier caso, la multa será siempre la misma, y éste constituye un criterio objetivo: nadie va a reducir la multa atendiendo a las circunstancias de cada individuo, ya que de lo contrario habría una gran congestión en las Comisarías, o en los Juzgados de Paz, por la cantidad de reclamantes, y ello requeriría de personal adicional para atender estos hechos y, en cualquier caso, relativizaría las normas de flujo vehicular, generando, a la postre, más perjuicios.

No obstante, cerrar el sistema a criterios totalmente objetivos también acarrea problemas, ya que no se puede sacrificar a la justicia en aras de la seguridad, puesto que la injusticia —a la larga— tiene de invitada a la inseguridad. Un Derecho injusto es un Derecho inseguro. Por ello es función del Derecho alcanzar la justicia, pero también la seguridad, por lo que ambos fines deben caminar juntos, en un equilibrio que no siempre es fácil de lograr.

---

176 La justicia comprende a la igualdad, pero esta última entendida como el tratamiento igual para los iguales y desigual para los desiguales.

177 En tal caso, ciertamente, se le incrementaría la sanción administrativa (y hasta se configuraría un ilícito penal), debido al agravante, pero en realidad esto constituye una sanción adicional por otra falta que se sumaría a la cometida.

Volviendo al tema que nos atañe, podemos formular la pregunta de ¿cómo lograr entonces el equilibrio entre justicia y seguridad en un concepto tan subjetivo como el de diligencia?

Si se concibe a la diligencia como un «conjunto de actos con miras a un resultado», entonces estamos ante un criterio objetivo. Pero al añadir a este concepto el sentido psicológico de la «actitud con vista a un resultado», es decir, a procurar medir también la «actitud» de la persona diligente, ¿de qué estamos hablando?, ¿del conocido —y siempre cuestionado— patrón del «buen padre de familia?».

«Cuando se habla de la ‹diligencia› de un ‹buen padre de familia›, se considera esa actitud, esa tensión del deudor con la mira del resultado prometido, y no los actos por los cuales se manifestará. Porque esos actos varían según las circunstancias, a las cuales deben adaptarse; si el deudor encuentra un obstáculo muy importante, la ‹diligencia› de un buen padre de familia no será incompatible con una inacción total; es decir, no será jamás la fuerza mayor la que podrá impedir al deudor el desplegar cierta ‹diligencia›, en el sentido psicológico del término. Más aún, imponerle al porteador que transporte con la ‹diligencia› de un buen padre de familia, y evitar los robos, salvo fuerza mayor imprevisible e irresistible, sería sencillamente establecer dos regímenes diferentes para esas dos obligaciones, principal la una y accesoria la otra, y no regir según dos principios unos problemas diferentes; una actitud tanto más inadmisible por cuanto, la obligación de evitar los robos se descompone, en sí, en lo imperativo de adoptar cierto número de medidas concretas. Cabe distinguir, en la obligación, su objeto (transportar, vigilar, construir) y su contenido (‹diligencia› de un buen padre de familia, por ejemplo); cabe distinguir también la obligación principal (transportar) y algunas obligaciones accesorias (vigilar, entregar); pero resulta imposible distinguir algo en el contenido mismo de la obligación, en la ‹diligencia› que impone: el contenido de la obligación es una noción simple, indisociable».[178]

Es conocido el apotegma que reza: *Jura vigilantibus, non dormientibus subveniunt*,[179] y es también sabido que él rige nuestro Código Civil. Un ejemplo muy patente se encuentra cuando se premia la diligencia

---

178 CABANELLAS, Guillermo. *Op. cit.*, tomo II, p. 254.

179 «Las leyes protegen a los diligentes, no a los descuidados».

de quien primero inscribió su título de propiedad de un inmueble —en caso de concurrencia de acreedores—, aun por encima de quien primero adquirió la propiedad u otro derecho sobre el mismo. En Derecho de Obligaciones es explícito el deber de obrar con diligencia.

Quien actúa con diligencia es alguien diligente. Según la Real Academia Española, diligente es «Cuidadoso, exacto y activo. Pronto, presto, ligero en el obrar».[180] En tanto para Cabanellas significa «Cuidadoso, activo, solícito, esmerado. Pronto, rápido, ágil, ligero, presto en la ejecución. Por contrapuesto al *negligente*, quien procede con diligencia está relevado en principio de culpa en el discernimiento de la conducta y en lo contractual y extracontractual, siempre que la valoración del proceder sea positiva. [...]».[181]

La noción de «buen padre de familia» devino en cierto desgaste por su obsolescencia. Esta noción no conduce a una apreciación justa de las obligaciones de un deudor, puesto que la actitud de cuidado que se espera de un deudor no es la misma que la que se espera de un buen padre de familia. Es mejor buscar un modelo más cercano a la realidad de las relaciones obligatorias. El Código Suizo, por ejemplo, alude al buen administrador. Dentro de este orden de ideas, es más lógico referirse al hombre medio normal, quien idealmente toma las precauciones y previsiones necesarias, y se comporta —en general— con la diligencia esperada.

Pero, otra vez nos podemos preguntar, ¿quién es este hombre medio?, ¿se trata de buscar al hombre más común dentro de toda una población?, ¿es el hombre al que nada le sobra pero nada le falta y que ha cumplido con ciertos requisitos mínimos de educación? Y aun si se ubicara al «hombre medio» más idóneo (juicio muy subjetivo, por cierto), ¿se puede aplicar a todos su forma de conducta?

El «exceso» de consideraciones va rompiendo la concepción del modelo estándar, del patrón objetivo de conducta ideal a seguir. Un patrón de conducta fijo es inamovible, o en todo caso, su modificación es mínima, conservando la rigidez del modelo. Al entrar a tallar consideraciones que, a modo de excepción, van minando el patrón,

---

180 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*. En: http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=diligente

181 CABANELLAS, Guillermo. *Op. cit.*, tomo III, p. 256.

relativizándolo en función de cada caso en particular, el concepto de estándar empieza a declinar, cediendo a criterios de corte subjetivista. Como repetimos, el problema de esta última solución es la maraña de incertidumbre que trae consigo, puesto que, como consecuencia, no se sabe a ciencia cierta cuándo es que una persona es imputable o no, ya que deben tomarse en cuenta tantas variables subjetivas.

Según nuestro ordenamiento legal, la diligencia ordinaria constituye contraparte de la culpa leve.[182]

Ciertamente vemos cómo es que la noción de culpa leve, que obedece a una graduación de culpas, representa el criterio subjetivo por excelencia para determinar la responsabilidad. Es el criterio más favorable al deudor, tendencia por la que optó el legislador. La Exposición de Motivos del Código Civil así lo establece:

«Cuando el deudor, por falta de diligencia ordinaria omite ejecutar la prestación prometida, incurre en culpa. El resultado dañoso no querido por el deudor, obedece a su imprudencia, torpeza, o en general a su falta de diligencia. Debe advertirse, sin embargo, que la regla se refiere a la falta de diligencia ordinaria, que constituye la culpa leve, porque en caso de negligencia grave, estaríamos ante un supuesto de culpa inexcusable.

En la culpa leve, a diferencia del dolo, no hay intención de incumplir, no hay mala fe de parte del deudor. Y, a diferencia de la culpa inexcusable, no hay negligencia grave, sino tan sólo la falta de diligencia ordinaria. La negligencia consiste en una acción (*culpa in faciendo*) u omisión (*culpa in non faciendo*) no querida, pero que obedece a la torpeza o falta de atención del deudor, o en general a la omisión de la diligencia ordinaria que exija la naturaleza de la obligación y que corresponda a todas las circunstancias, trátese de las personas, del tiempo o del lugar.

[...]

Las reglas previstas están plenamente justificadas. En esta materia las situaciones de hecho son siempre distintas y ello ocasiona una singu-

---

182 El artículo 1320 establece que «*Actúa con culpa leve quien omite aquella diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar*».

lar dificultad para apreciar con una idea abstracta, sea la del ‹buen padre de familia› o la del ‹comerciante honesto y leal›. Lo que debe apreciarse y juzgarse, en definitiva, es la conducta de determinado evento, y no el proceder de cualquier persona del género humano.

Es prudente por ello, que el concepto de culpa no se atenga a principios rígidos, pero también es necesario que el juez aprecie y decida, en cada caso concreto, si el deudor incurrió en culpa inexcusable, o sea si actuó con negligencia grave, o si procedió con culpa leve, es decir omitiendo tan sólo la diligencia ordinaria debida».[183]

Es claro que la intención del legislador apuntaba a eludir criterios abusivos o arbitrarios para el deudor, pero favorables al acreedor, en tanto que el otro extremo puede ocasionar el efecto contrario: favorable para el deudor, pero perjudicial para el acreedor, cuyo interés estará siempre sujeto a riesgos mayores.

Por las consideraciones anotadas, es nuestra opinión aplicar un criterio subjetivo que parta de un modelo referencial (objetivo) del término medio, considerando tanto la persona del deudor como la del acreedor.

### 2.2. Caso fortuito o fuerza mayor

El incumplimiento de la obligación puede tener origen en causas independientes de la voluntad del deudor, extraordinarias, imprevisibles e irresistibles, dando lugar a lo que en Derecho se llama caso fortuito o fuerza mayor. En otras palabras, el incumplimiento le es impuesto al deudor por un hecho ajeno a él; se configura de esta forma un supuesto de inimputabilidad, merced a la cual el deudor no será responsable por tal incumplimiento ni por sus consecuencias. Es, pues, un motivo más de la ruptura del nexo causal de la responsabilidad.

La figura del caso fortuito y la fuerza mayor está contemplada en el numeral 1315 del Código Civil Peruano, el mismo que prescribe lo siguiente:

> *Artículo 1315.- «Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e*

---

183 Es la *ratio legis* del artículo 1320. OSTERLING PARODI, Felipe. *Op. cit. Las Obligaciones*, pp. 206 y 207.

*irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso».*

En el Código Civil de 1984, como se observa del artículo 1315 antes trascrito, se emplean con equivalencia absoluta las expresiones «caso fortuito o fuerza mayor». Más aun, el Código ha cuidado de utilizar —invariable y simultáneamente— las expresiones «caso fortuito o fuerza mayor» (artículos 909, 1079, 1315, 1518, 1820 y 1972). Pero, por las razones que se señalan más adelante, usualmente el Código se refiere a la ausencia de culpa y sólo de manera excepcional, cuando así debe corresponder, al caso fortuito o fuerza mayor.

El Derecho positivo no ha otorgado mayor importancia a la distinción teórica entre caso fortuito y fuerza mayor, pudiendo constatarse que tal diferenciación carecería de efectos prácticos; no obstante, la doctrina sí distingue entre el caso fortuito y la fuerza mayor, y estas distinciones influyen —o podrían influir— en su aplicación. Cabe aquí advertir que la diferenciación más divulgada es atribuir el caso fortuito a hechos de la naturaleza y la fuerza mayor a actos de la autoridad o, en general, a hechos del hombre.

En efecto, hay autores para quienes llevar a cabo la diferenciación conceptual únicamente obedece a fines teóricos. Pero otros consideran que tal distinción sí tiene influencia sobre la responsabilidad del deudor. Este último sector doctrinal estima que la diferencia se encuentra en la importancia del acontecimiento, siendo de fuerza mayor los hechos más importantes y casos fortuitos los menos importantes. Aquí la fuerza mayor tiene un efecto liberatorio más amplio que el caso fortuito, implicando la irresistibilidad del acontecimiento. En tanto, el caso fortuito abarca la imprevisibilidad de dicho acontecimiento.

A entender nuestro, la necesidad de cualquier distinción, clasificación, división, tipología o diferenciación, se fundamenta en criterios cuya pauta está liderada por la utilidad que ello representa para los fines del Derecho. Esto quiere decir que debe verificarse qué objetivo debe cumplir la institución, dentro de una sistemática, y luego considerar la necesidad de plantearse distingos de tipo teórico, los mismos que se reflejarán posteriormente en los efectos de su aplicación.

En el supuesto que nos atañe, esto es el caso fortuito y la fuerza mayor, los efectos de ambas figuras serán siempre los mismos, es

decir, exoneran de responsabilidad al deudor que incumple su obligación. Las delgadísimas líneas divisorias entre ambos conceptos resultan, a los fines del fundamento de ambos, irrelevantes. Para determinar la responsabilidad contractual del deudor, el propio sistema provee de criterios subjetivos como culpa leve, culpa inexcusable y dolo. Más bien el problema del artículo 1315 del Código Civil antes transcrito, es delinear los presupuestos en que se libera o exime de responsabilidad al deudor. La idea es proporcionar una válvula de escape, un respiro al deudor cuando ocurren eventos en los que su voluntad no ha intervenido, es decir, eventos extraordinarios, imprevisibles e irresistibles que impidan la ejecución de la obligación a su cargo.

Dentro de este orden de ideas, resulta interesante, en términos de ejercicio intelectual, establecer diferencias conceptuales entre ambos términos, pero en lo que respecta a su utilidad jurídica podría constituir hasta un elemento de confusión y entorpecimiento de los fines que se busca alcanzar.

Aclarado este punto, debemos señalar que el caso fortuito o fuerza mayor, desde el punto de vista objetivo, es un acontecimiento extraordinario, imprevisible e inevitable. Desde el punto de vista subjetivo, se trata de un hecho en el que hay ausencia de voluntad directa o indirecta. No hay autoría moral. Y como nadie puede ser obligado sino en la medida de sus fuerzas y de su libertad, los hechos acaecidos por causas extraordinarias, imprevisibles e inevitables, extrañas a la voluntad, eximen de responsabilidad al deudor.

Ahora bien, para que un evento pueda calificarse como caso fortuito o fuerza mayor, el mismo debe poseer una serie de condiciones y/o caracteres:

### *2.2.1. Que el acontecimiento sea extraordinario*

El caso fortuito o de fuerza mayor debe revestir la característica de «anormal», es decir, las circunstancias en que se presenta deben ser extraordinarias y no ordinarias ni «normales».

Algo extraordinario es, como la propia palabra lo indica, algo fuera de lo ordinario, esto es, fuera de lo común. Lo contrario a lo común es la excepción; por ello, concluimos en que se trata de algo que se encuentra dentro del campo de lo excepcional, de un acontecimiento

que se produce por excepción, lejos de lo que en forma normal o natural se espera que ocurra. Lo extraordinario es, pues, lo que atenta o irrumpe en el curso natural y normal de los acontecimientos, quebrándolos. Invade temporalmente el espacio de lo común, de lo ordinario. Vemos que este concepto va seriamente ligado a la impredictibilidad o imprevisibilidad.

Por último, no se debe confundir lo extraordinario con lo irresistible, ya que un evento puede ser imposible de resistir, pero no encontrarse al interior de la esfera de lo extraordinario. Por ejemplo, si como consecuencia de una tempestad se pierde la mercadería que viajaba a bordo de un barco, es menester determinar primero si se trata de un mar normalmente pacífico o si se trata de aguas ordinariamente asoladas por tempestades. Resulta evidente que en el primer caso sí se configuraría el presupuesto de la extraordinariedad del evento y, por ende, formaría parte del concepto de caso fortuito o fuerza mayor, eximiendo de responsabilidad a quien tiene una obligación respecto del bien dañado o perdido. En el segundo caso, en cambio, al no tratarse de un acontecimiento extraordinario, el sujeto obligado sí debería responder.

### 2.2.2. *Que el acontecimiento sea imprevisible*

La imprevisibilidad, como mencionamos anteriormente, se relaciona con el carácter de extraordinariedad. Son dos conceptos, dos características, que van juntas.

El hecho o evento es imprevisible cuando supera o excede la aptitud normal de previsión del deudor en la relación obligatoria. En otras palabras, el deudor tiene el deber de prever lo normalmente previsible, lo que equivale a decir que el acreedor puede exigir un nivel mínimo de previsión. Para ello debemos determinar qué constituye este factor o índice de previsión del que se parte para ingresar en el terreno de la imputabilidad.

Este punto es bastante delicado, ya que resulta fácil entrar en el campo de las subjetividades. Pero, por otro lado, aplicar aquí un criterio objetivo puede acarrear un desbalance desmesurado que implicaría injusticia e inseguridad. Por ello, la pregunta ¿qué es normalmente previsible?, reviste mayor complejidad de lo que a primera vista pudiera aparentar y, por tanto, amerita un análisis serio y reflexivo, diríamos que casi casuístico.

La imprevisibilidad camina al lado de los deberes de diligencia, prudencia, cuidado. Esto quiere decir que el evento no sólo debe revestir la objetividad en sí mismo como hecho extraordinario, lo cual se demuestra sin mayores problemas al analizar la frecuencia o habitualidad del suceso, sino que además se requiere del elemento inherente al individuo, relativo a la conducta diligente que se espera de él.

Esa conducta puede referirse a un patrón estándar objetivo del hombre medio (exigiendo al agente que actúe con la diligencia o prudencia común a cualquier hombre), o ser de corte subjetivo, como evaluar las posibilidades de previsión del deudor en cada caso específico, es decir, atendiendo a las condiciones personales del agente. La capacidad humana de previsión no es ilimitada, y ciertamente las limitaciones varían de un sujeto a otro. No se puede exigir o siquiera esperar el mismo nivel de previsión respecto de la posibilidad de un especialista que de un neófito en la materia.

Creemos, en suma, que independientemente del criterio objetivo de la diligencia o cuidado estándar o común a cualquier hombre (esto como punto de partida o eje básico), también se deben evaluar las circunstancias particulares de cada caso, ya que, reiteramos, no se puede exigir la misma dosis de previsión a todos por igual, pudiendo en algunos casos ampliarla y en otros estrecharla, en función a la naturaleza de la obligación, conjuntamente con las cualidades personales del incumpliente.

### 2.2.3. *Que el acontecimiento sea irresistible*

El que un evento sea irresistible quiere decir que la persona (en este caso el deudor) es impotente para evitarlo; no puede impedir, por más que quiera o haga, su acaecimiento.

Esta noción tampoco es simple, aunque a primera vista lo aparenta. Reviste también peculiaridades o complejidades que es menester tomar en consideración a fin de no incurrir en arbitrariedades.

Un factor de suma relevancia es el económico, por ejemplo. Para un deudor con recursos, es más factible —en determinados casos— afrontar un obstáculo que para otro que carece de ellos. La imposibilidad, entonces, muchas veces resulta relativa. Va a depender, una vez más, de las condiciones personales del deudor, situación que se debe evaluar a la luz de un criterio que no adolezca de estrechez.

Ciertamente, hay casos en los que la irresistibilidad es común para todos, siendo indiferente las distintas cualidades intrínsecas a cada individuo. Es el caso del impedimento de fuerza mayor derivado de una ley de carácter general. Aquí, si se prohíbe, por ejemplo, la importación de bicicletas a fin de favorecer la industria nacional, el deudor de un lote de este producto que se obligó a importarlo no podrá cumplir con su prestación, y será inimputable por dicha inejecución. Claro que en este supuesto (como en todos) debe concurrir el factor imprevisibilidad, ya que si el agente conocía o tenía —antes de contraer la obligación— los elementos necesarios para conocer la probabilidad de la dación de esta norma imperativa (difusión en los periódicos, noticieros, etc.), entonces será responsable ante su acreedor.

### 2.2.4. *Que el acontecimiento constituya un obstáculo insuperable para el cumplimiento de la obligación*

Ya hemos analizado las características del evento en sí mismo, para considerarlo caso fortuito o de fuerza mayor. El acontecimiento tiene que revestir las condiciones de extraordinario, imprevisible e irresistible. Reuniendo estas calidades, el hecho configura el concepto.

Sin embargo, tiene que existir una conexión causal entre el evento y la inejecución, lo que equivale a decir que el caso fortuito o de fuerza mayor debe impedir al deudor la ejecución o determinar el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la prestación a que está obligado. En otras palabras, la incidencia entre el acontecimiento y el incumplimiento debe ser directa. Y este impedimento debe ser absoluto, ya que si no lo impide y sólo lo obstaculiza en términos relativos, no libera al deudor de responsabilidad, pues no se produce la fractura del nexo causal de responsabilidad.

Si el caso fortuito o de fuerza mayor no impide absolutamente el cumplimiento del deudor, entonces se trataría solamente de un evento de alguna forma aislado, ya que no configuraría en realidad el presupuesto del caso fortuito o de fuerza mayor, al menos para el incumplimiento del que venimos tratando.

Debe, pues, sobrevenir la imposibilidad absoluta de cumplir la prestación, de modo que si el cumplimiento fuese posible en parte, ésta deberá cumplirse de todas maneras. Cuando no se hace imposible el cumplimiento de la prestación, sino que se la transforma en una exce-

sivamente onerosa, se está frente al fenómeno de la imprevisión, pero no ante el caso fortuito o fuerza mayor.

### 2.2.5. *Que el acontecimiento sea actual*

El evento no debe ser potencial, o sea, no debe entrañar un peligro, sino debe ser actual, vale decir, que ya ha acontecido al momento en que corresponde al deudor ejecutar su prestación.

No basta, pues, un hecho simplemente posible.

Para que se configure un impedimento, éste debe ser real, inobjetable, cierto; debe existir en el momento presente, ya que de lo contrario sólo se estaría hablando de eventualidades, de posibilidades, y hasta de suposiciones.

Ahora bien, el hecho de que no se admita que el evento se encuentre en el terreno de la posibilidad, no quiere decir que no se tomen en consideración las circunstancias particulares de cada caso. Hay amenazas y peligros que surgen en forma extraordinaria, y aunque no se hayan producido estrictamente hablando, su inminencia y riesgo a la persona del deudor o a la colectividad sí son reales. Por ejemplo, si se sabe que va a haber un huracán en el transcurso de las próximas dos horas —este conocimiento llegó con posterioridad a la asunción de la obligación y justamente en el momento en que debía ejecutarse la prestación—, y hay una conferencia programada en ese mismo lapso, en el piso decimoquinto de un edificio en Miami con vista al mar, el expositor podría negarse a presentarse. No sería razonable que se sometiera a semejante peligro.

### 2.2.6. *Que el acontecimiento sea sobreviniente*

El evento debe suceder con posterioridad al nacimiento de la obligación, es decir, debe ser sobreviniente a la constitución de ella.

La razón de este requisito es muy simple, ya que si dicho impedimento existía en la época del nacimiento de la obligación, ésta nunca se habría constituido válidamente por imposibilidad de su objeto.[184]

---

184 Como sabemos, el objeto del acto jurídico debe ser posible, ya que lo contrario acarrea su nulidad:

### 2.2.7. *Que el acontecimiento sea un hecho extraño a la voluntad del deudor*

Si el acontecimiento deriva de la actividad voluntaria del deudor, es decir, si se relaciona con su persona, se ingresa al terreno de la responsabilidad, ya que sería injusto que dicho deudor pretendiese desligarse de tal responsabilidad respecto de las derivaciones de algo que le atañe o concierne.

Una primera precisión al respecto, gira alrededor de lo que se considera como actos o hechos derivados de la voluntad del deudor. La voluntad del deudor debe encontrarse ausente, y no así su persona directamente, pues hay hechos que tienen directa relación con la persona física del deudor y que impiden el cumplimiento de la prestación a su cargo, pero no forman parte de su voluntad. Es el caso de la enfermedad contraída en forma involuntaria,[185] la cual es un hecho ajeno a él (a su voluntad), configurando caso fortuito. También un accidente, al cual se expuso en forma involuntaria, constituye caso fortuito, salvo que voluntariamente y a sabiendas del riesgo se hubiese expuesto.[186]

---

Artículo 140.- «*El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere:*

*1.- Agente capaz.*

*2.- Objeto física y jurídicamente posible.*

*3.- Fin lícito.*

*4. Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad*».

185 Se puede pensar *a priori* que toda enfermedad se contrae involuntariamente, pero ello no es así, ya que no resulta inverosímil que se presente el caso en que un deudor, deseoso de incumplir su obligación y exonerarse de responsabilidad (aquí habría dolo), o en forma simplemente imprudente (culpa), permita el contagio de algún virus que le impida cumplir. Por ejemplo, el deudor de una prestación de hacer que revista la calidad de *intuitu personae* podría exponerse a un contagio innecesario y caer en cama. La diligencia también debe observarse en estos casos. Un cantante que dos días antes de su actuación se va a patinar sobre hielo o a esquiar es negligente. En estos casos sí estaría comprometido a responder.

186 Se entiende que no toda actividad calificada como riesgosa se considera como causa de imputabilidad, pues conducir un automóvil (para la responsabilidad extracontractual objetiva) se considera riesgoso, pero no se puede pretender que el deudor se abstenga de conducir, ya que ello constituye práctica común. Se debe tratar de actividades fuera del ámbito de lo cotidiano en términos generales y también personales relativos al deudor. Un bombero estaría exento de responsabilidad por accidente derivado de su actividad como tal, pero no así el caso de un individuo común que no tiene costumbre de realizar tales actividades. Si un pintor obligado a pintar un retrato en el lapso de un mes decide probar técnicas de karate, y como

En síntesis, el acontecimiento ajeno a la voluntad del deudor debe originarse en una causa extraña a su libre voluntad. Se trata, pues, de un hecho que no proviene directamente de su persona, ni tampoco de un acto que él no realice en uso de su libertad, discernimiento, conciencia, voluntad o intención.

Para que el acontecimiento se configure como caso fortuito o fuerza mayor es necesario que él sea imprevisto e irresistible para el deudor y, además, independiente de su voluntad. La imprevisibilidad e irresistibilidad le conceden el atributo adicional de extraordinario.

## 3. CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO O DEL CUMPLIMIENTO PARCIAL, TARDÍO O DEFECTUOSO POR CAUSA NO IMPUTABLE

Tras haber establecido con claridad que no puede imputarse al deudor el incumplimiento o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, cuando éste actuó con la diligencia ordinaria requerida o, también, en aquellos supuestos en que sea un caso fortuito o fuerza mayor el que lo haya determinado, debemos ahora estudiar cuáles son las consecuencias de ello, lo que implica el análisis de lo dispuesto en los artículos 1316 y 1317 del Código Civil:

> Artículo 1316.- «*La obligación se extingue si la prestación no se ejecuta por causa no imputable al deudor.*
>
> *Si dicha causa es temporal, el deudor no es responsable por el retardo mientras ella perdure. Sin embargo, la obligación se extingue si la causa que determina la inejecución persiste hasta que al deudor, de acuerdo al título de la obligación o a la naturaleza de la prestación, ya no se le pueda considerar obligado a ejecutarla; o hasta que el acreedor justificadamente pierda interés en su cumplimiento o ya no le sea útil.*
>
> *También se extingue la obligación que sólo es susceptible de ejecutarse parcialmente, si ella no fuese útil para el acreedor o si éste no tuviese justificado interés en su ejecución parcial. En caso*

---

resultado de ello se rompe un hueso de la mano con la que trabaja sus pinturas, sí habría sido negligente y su incumplimiento le sería imputable.

*contrario, el deudor queda obligado a ejecutarla con reducción de la contraprestación, si la hubiere».*

*Artículo 1317.- «El deudor no responde de los daños y perjuicios resultantes de la inejecución de la obligación, o de su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, por causas no imputables, salvo que lo contrario esté previsto expresamente por la ley o por el título de la obligación».*

Hemos anotado que tanto el incumplimiento absoluto de una obligación, como el cumplimiento parcial, excesivo, anticipado, tardío, defectuoso o no adecuado de la misma, nos coloca en el campo de la inejecución de obligaciones, más allá de los diversos aspectos que se pueden apreciar en relación con las consecuencias prácticas del tema.

En suma, el principal efecto que se deriva del incumplimiento de una obligación es el quebrantamiento de la relación jurídica por causa imputable al deudor.

Queda claro, sin embargo, que la afirmación de que la relación obligatoria lleva consigo la necesidad de su cumplimiento, no enerva la circunstancia de que un acontecimiento suficientemente poderoso que interfiera e imposibilite dicho cumplimiento pueda excusar al deudor.

Así, el deudor no será responsable si el incumplimiento o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso obedeció a una causa no imputable, lo que, en general, nos sitúa en el supuesto en el que no hubo culpa en el sentido amplio del término, pues, como veremos más adelante, se califica como causa imputable todo acto del deudor que esté revestido de dolo, culpa inexcusable o culpa leve.

Sobre el particular, la ley civil peruana prescribe que si la causa (no imputable al deudor) es temporal, éste no es responsable por el retardo mientras ella perdure. Sin embargo, la obligación se extingue si la causa que determina la inejecución persiste hasta que al deudor, de acuerdo con el título de la obligación o con la naturaleza de la prestación, ya no se le pueda considerar obligado a ejecutarla; o hasta que el acreedor justificadamente pierda interés en su cumplimiento o ya no le sea útil (segundo párrafo del artículo 1316 del Código Civil Peruano).

Para comprender los alcances de este precepto, debemos señalar que la imposibilidad de que una obligación se cumpla puede ser física o jurídica.

La imposibilidad física es un concepto que no presenta mayores dificultades: cuando la obligación es de dar cosas ciertas, la pérdida o destrucción de las mismas constituye un caso típico de imposibilidad de pago, que incluso es el único del que se ocupan el Código Civil Francés y la mayoría de las legislaciones que en él se inspiraron; en las obligaciones de hacer también suele darse la circunstancia de que el hecho prometido resulte, *a posteriori*, de cumplimiento imposible; en las *intuitu personae*, cuando acaece la incapacidad o muerte del deudor (caso, por ejemplo, del pintor o escultor que pierde la vista o la mano); y, por último, lo mismo puede ocurrir en las obligaciones de no hacer, si la omisión prometida se convierte en un hecho necesario.

En cuanto a la imposibilidad legal o jurídica, se trata de aquélla que se produce cuando aparece un obstáculo legal que se opone a la realización de la prestación debida, aunque la misma materialmente todavía pueda ser cumplida, como sucedería, por ejemplo, si la cosa debida es puesta «fuera del comercio», o si se prohíbe la edificación a mayor o menor altura de la acordada.

A partir de entonces, tal hecho no puede llegar a realizarse dentro de ese ordenamiento jurídico que no lo prevé o que lo excluye expresamente; de ahí que la obligación se extinga por imposibilidad de cumplimiento.

De otro lado, conviene advertir que junto a la imposibilidad total de cumplimiento, se puede identificar a la imposibilidad parcial.

A diferencia de la imposibilidad total (absoluta), la parcial implica la extinción fraccionada de la obligación, y el deudor estará (seguirá) obligado a prestar la parte que resultara posible. Del mismo modo, si la prestación tuviera por objeto una cosa determinada, persistirá la cosa misma, aunque se encuentre deteriorada.

Según reconocida opinión, aunque se extinga la obligación principal, el acreedor puede subrogarse en todos los derechos y acciones que correspondieran al deudor con ocasión del hecho que ha motivado la imposibilidad de prestar la cosa determinada; de esta forma podrá ejercitar la acción de resarcimiento contra el tercero que hubiera provocado la imposibilidad. A decir de este criterio, el acreedor puede exigir, además, la prestación de todo lo que hubiera recibido el deudor si las cosas hubieran estado aseguradas previamente *(comodum re praesentationis)*.

Ahora bien, el Código Civil Peruano señala en el último párrafo del artículo 1316 que la obligación también se extingue si, siendo susceptible de ejecutarse sólo parcialmente, ella no fuese útil para el acreedor o si éste no tuviese justificado interés en su ejecución parcial. De lo contrario, el deudor queda obligado a ejecutar la prestación, con reducción de la contraprestación, si la hubiere.

De una lectura sistemática de los artículos 1316 y 1317, tenemos que la imposibilidad es extintiva de la obligación cuando concurren los siguientes requisitos:

1. Que la prestación se torne efectivamente imposible. En ese sentido, si a lo que se compromete el deudor o lo que el acreedor pretende obtener mediante la prestación se torna imposible de cumplirse, resulta obvio que la obligación se extinguirá.

2. Que la imposibilidad se haya producido sin culpa o dolo del deudor. Esto significa que la imposibilidad debe ser resultado de un caso fortuito o fuerza mayor o de una causa no imputable al deudor, pues si la misma se hubiera producido como consecuencia de su culpa, o con mayor razón de su dolo, la obligación no se extingue sino que se transforma en la de satisfacer la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados.

3. Que el deudor no responda del caso fortuito o de fuerza mayor. Este requisito de la imposibilidad alude a la obligación que hubiera asumido el deudor de responder del caso fortuito o fuerza mayor, supuesto en el cual no estará exento de responsabilidad.

Asimismo, considera la doctrina que igual situación acontece cuando al tiempo de producirse el caso fortuito o fuerza mayor, el deudor ya se encontraba en mora en el cumplimiento.

Sin embargo, aun cuando el deudor hubiera tomado sobre sí la responsabilidad por dicho evento, no será responsable si prueba que la pérdida igual se hubiera producido estando la cosa en poder del acreedor, caso en el cual no sería razonable obligar al deudor a indemnizar una pérdida que de todas maneras hubiera acontecido.

Haciendo un esfuerzo de síntesis podemos expresar lo desarrollado al revisar los artículos 1316 y 1317, en tres ideas básicas:

1. Si el objeto de la obligación resulta física o jurídicamente imposible de ejecutarse, la obligación se extingue.

2. Dicha «imposibilidad» acarrea el «incumplimiento» o «inejecución no imputable». En ese sentido, el deudor no responde de los daños y perjuicios resultantes de tal inejecución (o de su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, por causas no imputables).

3. Sin embargo, para que dicha responsabilidad se «elimine», no debe existir un compromiso en sentido contrario (es decir, que el deudor, mediante pacto, hubiera asumido la obligación de responder ante tales circunstancias, aun cuando no le sean imputables), o que la propia ley o el título de la obligación, establezcan cosa distinta.

## 4. SUPUESTOS EN LOS QUE LA CAUSA ES IMPUTABLE AL DEUDOR

A modo de introducción, diremos que existe una zona gris en las categorías de responsabilidad, problema que se puede encontrar en diversas legislaciones. Esta franja reviste sinuosidades conceptuales que la vuelven en ocasiones demasiado abstracta, lo cual trae como consecuencia el riesgo de convertirse en una suerte de «cajón de sastre» donde se pueden almacenar categorías que deberían corresponder a otros rubros. Nos referimos al espacio entre la culpa leve y el caso fortuito o de fuerza mayor, esto es a la ausencia de culpa.

El Código Civil de 1984 aclara los conceptos definitivamente. De él se desprende, con toda nitidez, que quien actúa con la diligencia ordinaria requerida no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso. Así lo establece el artículo 1314. Luego, la imputabilidad sólo puede atribuirse a quien procede con dolo o culpa.

La ausencia de dolo o culpa no origina responsabilidad alguna, salvo que la ley o el pacto establezcan como única causal exoneratoria al caso fortuito o de fuerza mayor. La franja intermedia que, como dijimos, es aquélla que existe entre la culpa leve y el caso fortuito o de fuerza mayor, o sea la ausencia de culpa, aparece con meridiana claridad en el Código Civil Peruano de 1984.

El Código Civil entiende que será imputable al deudor todo incumplimiento que tenga como causa una conducta dolosa del deudor, o una conducta teñida por su culpa inexcusable o por su culpa leve.

De esta manera, en materia de inejecución de obligaciones nuestro Código Civil reconoce como factores de atribución subjetivos el dolo, la culpa inexcusable y la culpa leve.

Veamos brevemente en qué consiste cada uno.

### 4.1. El dolo

El dolo tiene en el Derecho diversas acepciones. En sentido lato, implica una idea de mala fe, malicia, fraude, engaño, de conducta contraria al Derecho.

Así, su concepto no es único, pues se presenta desempeñando una triple función:

(a) El dolo, como vicio de la voluntad, es el engaño que se emplea para inducir a alguien a consentir en la formación de un acto jurídico, que sin ese dolo no habría sido celebrado o lo hubiera sido en condiciones diferentes: es el dolo que falsea la intención del agente y que éste puede aducir para obtener la anulación del acto celebrado con ese vicio.

Nótese, en suma, que el dolo como vicio de la voluntad implica siempre una mala intención en el agente, ya que con ardid éste logra una declaración y por ende la celebración de un acto que lo beneficiará. Asimismo, cabe añadir que el dolo causante de anulabilidad de un acto jurídico, puede proceder también de un tercero, siempre y cuando el engaño empleado por el tercero, hubiera sido conocido por la parte que obtuvo beneficio de él (artículo 210, segundo párrafo, del Código Civil Peruano).

Ahora bien, la doctrina distingue varias clases de dolo. Así, la diferencia más importante es la que lo clasifica en dolo determinante o causante (artículo 210 del Código Civil Peruano) y dolo incidente o incidental (artículo 211 del propio Código), según sea causa de anulabilidad del acto jurídico o sólo dé lugar a indemnización de daños y perjuicios. Además, se le distingue en positivo y negativo (artículo 212 del Código Civil), según se trate de una acción o una omisión; y en directo (artículos 210, primer párrafo, 211, 212, 213 y 229 del Código Civil) o indirecto (artículo 210, segundo párrafo, del Código Civil), según lo utilicen las partes o un tercero.

(b) En materia de actos ilícitos, el dolo designa la intención del agente de provocar el daño que deriva de su hecho: es la característica

del delito civil, y en tal sentido se opone a la culpa como elemento distintivo del antes denominado cuasidelito. Tal es el dolo delictual (artículos 1969 y 1986 del Código Civil Peruano).

(c) En el incumplimiento de la obligación, el dolo alude a la intención con que el deudor ha obrado para inejecutar la prestación debida. También es denominado dolo obligacional.

La característica común de la triple función del dolo está en la «mala fe», ya sea en la ejecución o en la omisión de un acto, la misma que, a decir de algunos autores, se presenta en grados diversos y con caracteres distintos. Así, por ejemplo, el dolo como particularidad de los delitos, aparece como mala voluntad, pero aplicada al hecho con la «intención de dañar». En los vicios de la voluntad, incluye todos los procedimientos reprobados mediante los cuales se «induce» a una persona a la celebración de un acto. En las obligaciones en general, su aplicación es con respecto de la inejecución o mala ejecución de ellas. Aquí el dolo aparece como un simple «incumplimiento» o «mal cumplimiento» de la obligación, causado, sin embargo, por una actitud consciente y deliberada del deudor.

Del dolo, en este sentido, es que nos ocuparemos a continuación.

La responsabilidad que procede del dolo es exigible en toda clase de obligaciones, sin que sea posible renunciar por anticipado a la acción destinada a excluir o limitar tal responsabilidad, pues dicha renuncia equivaldría a autorizar la mala fe y el fraude en las relaciones sociales y jurídicas, con lo que desaparecería la seguridad en los negocios y el sentido ético de la vida.

Tradicionalmente el dolo se entiende caracterizado por los siguientes factores o elementos:

(a) La acción positiva de incumplir.

(b) El *animus nocendi* o la intención de causar daño. Respecto de este factor o elemento existen distintas posiciones doctrinarias.

Generalmente el deudor, cuando incumple su obligación por dolo, no lo hace para causar un perjuicio al acreedor, sino para conseguir ventajas para sí mismo. Cuando el transportista, por ejemplo, no cumple su obligación de trasladar a una persona de un lugar a otro, usualmente lo hace porque ha obtenido para la misma fecha otro contrato más ventajo-

so. Aquí el transportista incumple su obligación deliberadamente y no por un simple descuido o negligencia. Pero su incumplimiento doloso no está destinado a causar un perjuicio al acreedor, sino a obtener un mayor beneficio económico. Es claro que el dolo también se configuraría en caso de que el transportista incumpliera su obligación con el único propósito de causar un daño al acreedor y no por haber obtenido un contrato más ventajoso. Pero también es cierto que la hipótesis resulta remota, o por lo menos poco frecuente.

Ahora bien, el dolo se manifiesta como una acción u omisión. La primera forma es propia de las obligaciones de no hacer y la segunda de las obligaciones de dar y de hacer, aunque en estos casos la destrucción de la cosa debida también puede obedecer a una acción dolosa del deudor, que origina, como consecuencia, la omisión dolosa de dar o de hacer.

Hacemos hincapié en que el carácter dominante del dolo es la intención de no cumplir. Sin embargo, la intención es un elemento subjetivo, difícil muchas veces de precisar. Puede haber negligencia con una dosis de intención. El elemento de imputabilidad, claro en el dolo, se presenta un tanto oscuro en la culpa.

Aunque llegue a exteriorizarse la orientación dolosa del proceso volitivo, ella no interesa al legislador, mientras no se irrogue perjuicio o no se altere la voluntad ajena.

El factor de la intención dolosa se aprecia sólo en consideración al incumplimiento *ex profeso* o adrede de las prestaciones, pues, como se anotara en líneas precedentes, son más frecuentes los actos positivos u omisiones para rehuir el cumplimiento de las obligaciones y proporcionarse un beneficio, que el hecho de intencionalmente no cumplir con dichas obligaciones con el propósito de perjudicar a otro. El dolo, en suma, es el cumplimiento intencional.

(c) Conciencia de antijuridicidad en el actor de que obra contra el derecho o contra el deber, por conocer la existencia de la norma jurídica prohibitiva o por saber, cuando menos, que el acto es moralmente reprobable.

De este elemento podrían inferirse otros dos, a saber:

- El conocimiento por el autor de la concurrencia de las características (de hecho o de derecho) del supuesto de hecho, al que el

ordenamiento jurídico condiciona la prohibición de ese acto; y de ahí se desprende, además, que el dolo queda también excluido por la suposición errónea de circunstancias que harían del acto un acto ilícito.

- Referirse a un resultado contrario al Derecho, es decir, que contradiga al ordenamiento jurídico; por ejemplo, el caso de la lesión. Basta la contradicción con el derecho objetivo, pues la violación de un derecho subjetivo, si bien es frecuente, no se da en todos los casos.

Tan doloso es el incumplimiento cuando el móvil ha sido dañar al acreedor o evitar el deudor un desembolso, como cuando se ha inspirado en la misericordia, la caridad o cualquier otro sentimiento análogo, por lícito, bueno o justo que en sí mismo sea.

Se incurre en dolo cuando de intento y a sabiendas se ejecuta un hecho que, conforme a la ley o al contrato, no debe ejecutarse, o cuando se omite uno que, según éste o aquélla, debe ser ejecutado. Los motivos carecen de interés. Toda regla jurídica o moral debe ser —por sí sola— móvil determinante suficiente de las acciones o abstenciones que prescriba.

Existen —insistimos en el concepto— tres posiciones distintas en cuanto a la concepción del dolo en el incumplimiento de las obligaciones:

(i) El dolo consiste en el incumplimiento deliberado cometido con intención de dañar, o por lo menos con conocimiento y previsión del daño que se causa. Interpretan en este sentido Messineo, Larombière, Demolombe, Baudry-Lacantinerie y Barde, Planiol, Ripert y Esmein, Mazeaud y Tunc, Salvat y De Gásperi.

(ii) El dolo en la inejecución de las obligaciones consiste en el incumplimiento deliberado de la prestación, aunque no medie intención de dañar. El dolo vendría a ser, en este caso, «la conciencia de la infracción de un deber». Para ilustrar el concepto, Larenz[187] pone el ejemplo de un taxista que no pasa a recoger al pasajero para llevarlo a la estación: si ello ocurre porque se olvidó, hay culpa; pero si lo hizo porque encontró otro pasajero que le pagó más, hay dolo. Comparten este criterio Giorgi, Puig Peña, Lafaille, Colmo, Busso, Borda, Llambías, Cazeaux y Trigo Represas, Salas Carranza y Morello.

---

187 Citado por CAZEAUX, Pedro N. y Félix A. TRIGO REPRESAS. *Op. cit.*, tomo II, p. 141.

(iii) El dolo en la inejecución de las obligaciones se daría sólo cuando el deudor «malcumple» a sabiendas la obligación con una prestación distinta de la debida. Es ésta la interpretación dada por Dimas Hualde.

En opinión nuestra, como ya lo dijimos, la segunda de las expuestas es la doctrina que prevalece y aquélla que, incluso, es adoptada por nuestro Código Civil, cuando en su artículo 1318 prescribe que:

> *Artículo 1318.- «Procede con dolo quien deliberadamente no ejecuta la obligación».*

Evidentemente, el dolo —en principio— siempre es el mismo, por cuanto tiene el rasgo de producir en forma deliberada un hecho injusto, e implica, por consiguiente, «la injuria provocada a la persona o a la propiedad ajena».

Sostenemos que no es inherente al dolo el propósito de perjudicar, ya que el mismo consiste en la sola conciencia de la inejecución, en la deliberada intención de no cumplir porque sencillamente no se quiere cumplir.

Por otra parte, para los autores que requieren en la conducta dolosa la presencia de una especial intención de dañar, el incumplimiento deliberado cometido sin ese objetivo dañino, sería un caso de incumplimiento culposo. El error es evidente porque la culpa se caracteriza por la negligencia, el descuido, la imprevisión. Ella supone necesariamente un comportamiento exento de reflexión precisa sobre las consecuencias posibles de la acción, de manera tal que una inejecución cometida deliberadamente, aunque no se tenga un especial ánimo nocivo, jamás podría asimilarse a la conducta culposa.

Dentro del Código Civil Peruano de 1984, la expresión «dolo» y sus derivados son plurisignificativos, empleándose, según el caso, como vicio de la voluntad, simple mala intención, como causa de inejecución de obligaciones, e incluso en su acepción de carácter penal.[188]

---

188 Veamos, a modo ilustrativo, las normas del Código Civil que hacen mención al término o figura que ahora nos ocupa, a fin de que podamos apreciar la significación dada según cada caso.

Así, en el artículo 210 se señala que el *dolo* es causa de anulación del acto jurídico cuando el engaño usado por una de las partes haya sido tal que sin él la otra parte no hubiera celebrado el acto; en tanto el artículo 212 establece que la omisión *dolosa*

produce los mismos efectos que la acción *dolosa*; el numeral 213 indica que para que el *dolo* sea causa de anulación del acto, no debe haber sido empleado por las dos partes; y el artículo 218 prescribe que es nula la renuncia anticipada a la acción que se funde en error, *dolo*, violencia o intimidación.

Por su parte, en el inciso 2 del artículo 221 se precisa que el acto jurídico es anulable por vicio resultante de error, *dolo*, violencia o intimidación.

En Derecho de Familia, según el inciso 6 del artículo 242, no pueden contraer matrimonio entre sí el condenado como partícipe en el homicidio *doloso* de uno de los cónyuges, ni el procesado por esta causa con el sobreviviente.

Así también, el inciso 7 del artículo 274 establece que es nulo el matrimonio del condenado por homicidio *doloso* de uno de los cónyuges con el sobreviviente a que se refiere el artículo 242, inciso 6; en tanto que de acuerdo con el artículo 277, es anulable el matrimonio de quien lo contrae por error sobre la identidad física del otro contrayente o por ignorar algún defecto sustancial del mismo que haga insoportable la vida en común, reputándose como defectos sustanciales: la vida deshonrosa, la homosexualidad, la toxicomanía, la enfermedad grave de carácter crónico, la condena por delito *doloso* a más de dos años de pena privativa de la libertad o el ocultamiento de la esterilización o del divorcio.

Según lo previsto por el artículo 313, corresponde a ambos cónyuges la administración del patrimonio social. Sin embargo, cualquiera de ellos puede facultar al otro para que asuma exclusivamente dicha administración respecto de todos o de algunos de los bienes, caso en el cual el cónyuge administrador indemnizará al otro por los daños y perjuicios que sufra a consecuencia de actos *dolosos* o culposos.

De conformidad a lo indicado por el artículo 329, además de los casos a que se refieren los artículos 295 y 296, el régimen de separación es establecido por el juez, a pedido del cónyuge agraviado, cuando el otro abusa de las facultades que le corresponden o actúa con *dolo* o culpa.

Es muy conocido que en virtud a lo anotado por el inciso 10 del artículo 333, constituye causa de separación de cuerpos la condena por delito *doloso* a pena privativa de la libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio.

Conforme indica el artículo 456, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1358, el menor que tenga más de dieciséis años de edad puede contraer obligaciones o renunciar derechos siempre que sus padres que ejerzan la patria potestad autoricen expresa o tácitamente el acto o lo ratifiquen. Pero la norma agrega que cuando el acto no es autorizado ni ratificado, el menor queda sujeto a la restitución de la suma que se hubiese convertido en su provecho. El menor que hubiese actuado con *dolo* responde de los daños y perjuicios que cause a tercero.

Por otra parte, de conformidad a lo establecido por el inciso 8 del artículo 515, no pueden ser tutores los condenados por homicidio, lesiones *dolosas*, riña, aborto, exposición o abandono de personas en peligro, supresión o alteración del estado civil, o por delitos contra el patrimonio o contra las buenas costumbres.

Por su parte, el artículo 629 indica que el juez puede subsanar la inobservancia de los artículos 623 a 628, si no se debe a *dolo* ni causa perjuicio a la persona o bienes del sujeto a tutela o curatela; en tanto el numeral 651 señala que los miembros del consejo son solidariamente responsables de los daños y perjuicios que, por *dolo* o culpa, sufra el sujeto a tutela o curatela, a no ser que hubiesen disentido del acuerdo que los causó.

En sede de Derecho Sucesorio, el inciso 1 del artículo 662 establece que pierde el beneficio otorgado en el artículo 661 el heredero que oculta *dolosamente* bienes hereditarios.

En materia de indignidad, según el artículo 667, son excluidos de la sucesión de determinada persona, por indignidad, como herederos o legatarios, entre otros, los autores y cómplices de homicidio *doloso* o de su tentativa, cometidos contra la vida del causante, de sus ascendientes, descendientes o cónyuge. Esta causal de indignidad no desaparece por el indulto ni por la prescripción de la pena (inciso 1); los que hubieran sido condenados por delito *doloso* cometido en agravio del causante o de alguna de las personas a las que se refiere el inciso anterior (inciso 2); y los que hubieran empleado *dolo* o violencia para impedir al causante que otorgue testamento o para obligarle a hacerlo, o para que revoque total o parcialmente el otorgado.

El artículo 769, a su turno, establece que en el legado de bien determinado no sujeto a condición o plazo, el legatario lo adquiere en el estado en que se halle a la muerte del testador, momento desde el cual le corresponden los frutos del bien legado y asume el riesgo de su pérdida o deterioro, salvo *dolo* o culpa de quien lo tuviere en su poder.

También apreciamos en Sucesiones al artículo 809, según el cual es anulable el testamento obtenido por violencia, intimidación o *dolo*.

En Derechos Reales, según lo dispone el artículo 1023, si la destrucción del bien ocurre por *dolo* o culpa de un tercero, el usufructo se transfiere a la indemnización debida por el responsable del daño.

Ya en Derecho de Obligaciones, tenemos al precepto que establece el concepto de *dolo*. Se trata del artículo 1318, norma que señala que procede con *dolo* quien deliberadamente no ejecuta la obligación.

Dentro de tal orden de ideas, según el artículo 1321, queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por *dolo*, culpa inexcusable o culpa leve.

Por su parte, establece el artículo 1325 que el deudor que para ejecutar la obligación se vale de terceros, responde de los hechos *dolosos* o culposos de éstos, salvo pacto en contrario; en tanto que según el artículo 1326, si el hecho *doloso* o culposo del acreedor hubiese concurrido a ocasionar el daño, el resarcimiento se reducirá según su gravedad y la importancia de las consecuencias que de él deriven.

El artículo 1328 dispone que es nula toda estipulación que excluya o limite la responsabilidad por *dolo* o culpa inexcusable del deudor o de los terceros de quien éste se valga.

En materia probatoria, conforme al artículo 1330, la prueba del *dolo* o de la culpa inexcusable corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

En cuanto a la mora se refiere, el artículo 1340 indica que el acreedor en mora asume los riesgos por la imposibilidad de cumplimiento de la obligación, salvo que obedezca a *dolo* o culpa inexcusable del deudor.

En sede contractual, el artículo 1443 prescribe que no procede la acción por excesiva onerosidad de la prestación cuando su ejecución se ha diferido por *dolo* o culpa de la parte perjudicada.

En obligaciones de saneamiento, según el artículo 1494, no hay lugar a saneamiento por evicción cuando el derecho del tercero llegue a ser exigible por *dolo* o culpa inexcusable del adquirente; mientras el inciso 7 del artículo 1495 señala que el adquirente tiene en virtud del saneamiento el derecho de pedirle al transferente la indemnización de daños y perjuicios, cuando el transferente incurrió en *dolo* o culpa al celebrar el contrato.

Asimismo, conforme al artículo 1497, cuando se pacta que el transferente no queda sujeto a la obligación de saneamiento por evicción, si se produce ésta debe devolver la contraprestación que recibió, a no ser que el adquirente renuncie expresamente

Ahora bien, el efecto natural de toda obligación es el de ser cumplida. Si tal efecto no se produce, debe constatarse la causa del incumplimiento y, según ella, eventualmente responsabilizar al deudor.

Como presupuesto de responsabilidad civil, el dolo aparece cuando el incumplimiento del deudor le es reprochable por haber querido infringir el deber de cumplir con la prestación a que estaba sujeto. De ahí que también se le define como la voluntad deliberadamente desplegada a un resultado de antijuridicidad.

Conviene en esta parte del análisis, desarrollar las diferencias y similitudes que pudieran existir entre los conceptos de dolo y previsibilidad.

Se sabe que la teoría de la responsabilidad se asienta en una tesis de previsiones. La previsibilidad, como veremos más adelante, es el elemento característico de la culpa, consistente en la posibilidad de

---

a dicha devolución; no siendo válida esta renuncia si el transferente actuó con *dolo* o culpa inexcusable.

En lo que atañe al saneamiento por vicios ocultos, prescribe el inciso 5 del artículo 1512 que la resolución a que se refiere el artículo 1511 impone al transferente la obligación de pagar al adquirente la indemnización de daños y perjuicios, cuando el transferente haya incurrido en *dolo* o culpa respecto de la existencia de los vicios; mientras según el artículo 1520, la renuncia al saneamiento es nula cuando el transferente actúa con *dolo* o culpa inexcusable respecto a la existencia de vicios del bien al momento de celebrarse el contrato o de pactarse la renuncia.

En materia de hospedaje, de acuerdo con el artículo 1723, el huésped está obligado a comunicar al hospedante la sustracción, pérdida o deterioro de los bienes introducidos en el establecimiento tan pronto tenga conocimiento de ello; y, de no hacerlo, quedará excluida la responsabilidad del hospedante, salvo cuando tales hechos se produzcan por *dolo* o culpa inexcusable de este último.

En torno de la prestación de servicios, establece el artículo 1762 que si ella implica la solución de asuntos profesionales o de problemas técnicos de especial dificultad, el prestador de servicios no responde por los daños y perjuicios, sino en caso de *dolo* o culpa inexcusable.

En sede de juego y apuesta, según refiere el artículo 1943, el que paga voluntariamente una deuda emanada del juego y la apuesta no autorizados, no puede solicitar su repetición, salvo que haya mediado *dolo* en la obtención de la ganancia o que el repitente sea incapaz.

Y en materia de responsabilidad extracontractual, según el artículo 1969, aquél que por *dolo* o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de *dolo* o culpa corresponde a su autor.

En tanto que el artículo 1986, finalmente, agrega que son nulos los convenios que excluyan o limiten anticipadamente la responsabilidad por *dolo* o culpa inexcusable.

hacer conjeturas sobre los requisitos dañosos de la acción, no previstos, sin embargo, de modo efectivo en el caso de que se trata.

En nuestra opinión, el deslinde entre la previsibilidad y el dolo —como factor de atribución de responsabilidad civil— debe plantearse desde el siguiente criterio:

- La estructura del dolo parte de la conjunción o síntesis entre voluntad y resultado.

- El concepto de dolo es normativo y no un mero fenómeno psicológico: «El juicio de culpabilidad, transforma la mera referencia psicológica de la intención, en dolo; es decir, en culpabilidad reprochable y, por tanto, normativa».[189]

- Si no se «conjeturan» los resultados dañosos de la acción, se configura dolo y no simple negligencia; y, de concurrir la imposibilidad de prever, existiría uno de los elementos que determinan la excusa por caso fortuito o fuerza mayor.

### 4.2. La culpa

La culpa es otro de los conceptos más delicados para el Derecho, por los matices del vocablo y por las diversas valoraciones legislativas y doctrinales que presenta.

En lo que respecta a nuestra legislación, el Código Civil de 1936 abolió el sistema de la clasificación de la culpa que consagraba el Código Civil de 1852. El Código de 1936 admitía, sin embargo, la culpa grave —denominándola culpa inexcusable— al prohibir la renuncia de la acción por la responsabilidad en que podía incurrir el deudor por esa causa (artículo 1321). Y también admitía la culpa *in concreto*, al consignar, como una de las obligaciones del depositario, la de «cuidar de la cosa depositada como propia» (artículo 1609, inciso 1, del Código Civil).

La legislación peruana de 1936 tampoco seguía el sistema francés del tipo abstracto de comparación, del «buen padre de familia». El artículo 1322 de ese Código disponía que «*la culpa consiste en la omisión*

---

189 VON LISZT. Citado por MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Contratos*. Buenos Aires: EDIAR, 1988, tomo I, p. 96.

*de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar».*

El Código Civil de 1984 reproduce, en el artículo 1320, la misma doctrina que el artículo 1322 del Código Civil de 1936, al estatuir que *«Actúa con culpa leve quien omite aquella diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar».*

El actual Código también acoge la diferencia entre la culpa inexcusable y la culpa leve, no sólo para los efectos de la cláusula de no responsabilidad, sino para la determinación de los daños y perjuicios.

Resulta prudente que el concepto de culpa no se atenga a principios rígidos: ni a la clasificación en grados, ni al tipo abstracto de comparación.

En nuestro sistema la diligencia es el común denominador. Y, para saber si ella se empleó, deben apreciarse la «naturaleza de la obligación» y «las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar».

Conviene ahora ahondar en las posiciones doctrinarias y legislativas en torno al concepto mismo de la culpa y sus principales características.

En sentido amplio, se entiende por culpa toda falta (voluntaria o no) que causa un mal o un daño; es decir, causa humana de uno u otro.

La culpa resulta de la imprudencia, de la torpeza, de la negligencia del deudor. Por las mismas, no cumple con sus obligaciones.

La culpa puede presentarse, actualmente, en todas las obligaciones, sin tener en cuenta matices especiales. Se responde tanto por la culpa levísima como por la lata.

Los jueces pueden moderar, pero nunca excluir, la responsabilidad por culpa atendiendo a las circunstancias. Evidentemente, habrán de ponderar la intensidad de la culpa, pero cualquier moderación es judicial y se hará *a posteriori*, sin que la ley nada diga.

Según se sostiene en doctrina, la culpa es un tipo de imputabilidad que se caracteriza por dos elementos, ambos de contenido negativo:

(a) En primer lugar, aparece en la actividad del agente una omisión de diligencias apropiadas.

(b) En segundo lugar, se tipifica esta conducta por la ausencia de mala fe o mala voluntad. El deudor no se ha propuesto incumplir la

obligación y si ha llegado a ello no ha mediado malicia de su parte. Es justo, pues, que esto se compute a su favor para merecerle un tratamiento más benigno o menos desfavorable que si hubiese obrado a designio el incumplimiento de la obligación.

Es de advertir que si el primer elemento de la culpa es el que da lugar a la responsabilidad del deudor, el segundo elemento permite ubicar esa responsabilidad en un grado relativamente benigno. El primer elemento de la culpa funciona contra el deudor y el segundo elemento, habida cuenta del primero, a su favor. El primero origina la responsabilidad del deudor, el segundo la limita a una cuantía definida.

Ahora bien, ahondando aún más en el concepto de culpa, podríamos agregar que —*lato sensu*— la culpa se caracteriza por implicar una actitud contraria a la ley, causar o ser capaz de causar un daño, y que resulta imputable al autor como consecuencia de su libre determinación. *Stricto sensu*, en cambio, además de dichos requisitos, el acto culpable tiene su origen en la impericia, negligencia o imprudencia de quien lo comete, con abstracción de cualquier querer doloso. El concepto gira, por eso, en torno a la idea de previsibilidad.

Más aún, la culpa comprende —sea considerada en su alcance amplio o en el restringido— la voluntariedad de la acción, sin la cual no puede exteriorizarse.

En suma, podríamos señalar que culpa es la infracción de la ley que uno comete sin dolo ni malicia, por alguna causa que puede y debe evitar. Es toda conducta contraria a la que debiera haberse observado. Dicha acción u omisión perjudicial para otro, en que uno incurre, puede devenir tanto por imprudencia, negligencia o impericia, figuras que para la doctrina enmarcan las formas de culpa.

Según un aforismo latino: *imperitia culpae adnumerantur* (la impericia se considera como culpa). Se entiende por impericia a la falta de conocimiento o de práctica que cabe exigir a uno en una profesión, arte u oficio; de ahí que resultan sinónimos de ella la torpeza y la inexperiencia.

El inexperto confía «osadamente» en llegar a ejecutar bien el objeto de su obligación o bien a realizar la actividad en que está empeñado, no obstante la deficiencia de su capacidad.

La imprudencia, en cambio, tiene su esfera en toda conducta humana y aparece como un desafío de las desgracias o infortunios, en

principio superfluos y casi siempre evitables; de ahí que tenga como sinónimos a la «falta de prudencia o precaución».

Se ha anotado que la imprudencia implica una deformación voluntaria de los móviles que llevan a actuar a la persona de una u otra manera, en cuya escala de valores la buena suerte cumple un papel preponderante y exagerado. Así, si tenemos en cuenta las tres etapas del actuar humano, podría decirse que el imprudente tiene conciencia de lo que hace, pero no actúa con intención de infringir la ley o el contrato: no quiere obrar ilícitamente, confía en tener la buena suerte de evitar la infracción.

Asimismo, está el concepto de negligencia, que forma parte de la culpa, entendida como la omisión de la diligencia o cuidado que debe ponerse en los negocios, en las relaciones con las personas, en el manejo o custodia de las cosas y en el cumplimiento de los deberes y misiones; de ahí que tenga como sinónimos a las siguientes expresiones: dejadez, abandono, desidia, falta de aplicación, defecto de atención, olvido de órdenes o precauciones, ejecución imperfecta contra la posibilidad de obrar mejor, entre otros.

Obra negligentemente quien debiendo saberlo ignora cuál es la medida exacta de su capacidad para ejecutar aquel acto o realizar otro, creyéndose más experto de lo que es en realidad.

Ahora bien, cabe anotar que sólo las personas pueden ser culpables o no serlo, pues únicamente ellas tienen voluntad o actividad consciente, elemento imprescindible de la culpa.

Pero el hecho de que ni las personas abstractas, ni los animales, ni las cosas, constituyan sujetos activos de culpabilidad, no excluye la existencia de «responsabilidad derivada» en relación con los administradores de las primeras, o con los dueños o cuidadores de aquéllos y de éstas.

Nuestro Código Civil, al establecer que la culpa es factor de atribución de responsabilidad, prescribe consecuencias jurídicas distintas de acuerdo al grado de aquélla. En tal sentido, lo reiteramos, distingue a la culpa inexcusable de la culpa leve.

### *4.2.1. La culpa inexcusable*

El Código Civil Peruano de 1984 ofrece la definición de la culpa inexcusable en su artículo 1319, cuyo texto es el siguiente:

*Artículo 1319.- «Incurre en culpa inexcusable quien por negligencia grave no ejecuta la obligación».*

La culpa inexcusable es el grado más alto de la culpa. Es lo que se conoce también con el nombre de negligencia grave, y consiste en la omisión de algunos o algún deber de diligencia.

Independientemente del elemento volitivo, en cuanto a querer incumplir con la obligación, que se halla presente en el dolo y no en la culpa inexcusable, en múltiples casos, como sabemos, la línea divisoria entre el incumplimiento doloso y el que obedece a culpa inexcusable, es lo suficientemente tenue como para que el Derecho peruano haya considerado irrelevante —en materia de consecuencias jurídicas— que el incumplimiento de la obligación obedezca a una causa o a la otra.

La culpa inexcusable es un grado de culpa tan grave que el Derecho le asigna las mismas consecuencias que al incumplimiento doloso de la obligación.

El deudor de una obligación que incumple por culpa inexcusable, tiene, entonces, que indemnizar al acreedor por todos los daños y perjuicios causados que sean consecuencia inmediata y directa de dicho incumplimiento.

Parafraseando a los Mazeaud, podemos decir que el Derecho considera que «Las consecuencias de la culpa inexcusable deben ser las mismas que las del dolo, para que el malvado no se haga pasar por imbécil».

En Derecho Civil, el incumplimiento de una obligación por dolo y el incumplimiento de una obligación por negligencia grave o culpa inexcusable, tienen exactamente las mismas consecuencias. El deudor deberá indemnizar todos los daños y perjuicios causados, que sean consecuencia inmediata y directa de ese incumplimiento.

Ilustremos el tema con ejemplos.

Imaginemos que «A» va en camino a cumplir con su prestación, la que consiste en entregar un vehículo. «A», sin embargo, tiene el desacierto de dejar el auto estacionado en un lugar relativamente peligroso con las lunas abiertas mientras entra a una tienda a comprar unas cosas que necesitaba. Cuando sale de la tienda el vehículo ha desaparecido, alguien se lo robó. Aquí no se puede exonerar al deudor argumentando que la entrega no se

produjo por hecho determinante de tercero (el sujeto que robó el auto), ya que el robo fue facilitado por la negligencia grave del deudor.

Como segundo ejemplo supongamos que «B» es un abogado que tiene que rendir un informe oral a las 9 de la mañana, pero la noche anterior decide irse a bailar y a beber alcohol, lo que ocasiona que no escuche el despertador y no abra los ojos hasta las 11 de la mañana. «B» no tuvo intención de incumplir, pero incumplió debido a su negligencia grave.

### *4.2.2. La culpa leve*

Por último, tenemos a la culpa leve, la que se define como la omisión de aquella diligencia exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponde a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.

La culpa leve constituye una especie intermedia entre la culpa lata o grave y la culpa levísima o venial. Se presenta cuando no se presta la atención o no se tiene el cuidado que de ordinario se acostumbra, o que, en general, pondría un buen padre de familia.

A grandes rasgos podemos afirmar que la culpa leve se trata de hechos que, aunque suponen una falta de diligencia, podrían ocurrirle a cualquier persona.

Así, la culpa leve tiene como constituyente o regla a la falta de diligencia ordinaria. A diferencia del dolo, no hay en ella intención de no cumplir, no hay mala fe del deudor. Hay tan sólo la falta de diligencia ordinaria. La negligencia consiste en una acción (culpa *in faciendo*) u omisión (culpa *in non faciendo*) no querida, pero que obedece a la torpeza o falta de atención del deudor o, en general, a la omisión de la diligencia ordinaria que exija la naturaleza de la obligación y que corresponda a todas las circunstancias, ya sea que se trate de las personas, del tiempo o del lugar.

Esta clase de culpa sí tiene para el Derecho algún grado de atenuación, lo que justifica que las consecuencias que se le atribuyen no sean tan severas como las que se le asignan al dolo y a la culpa inexcusable.

El Código Civil Peruano de 1984 reconoce a la culpa leve en su artículo 1320, el mismo que tiene como antecedente al artículo 1322 del Código Civil de 1936, inspirado en varios otros Códigos como el Peruano de 1852 (artículos 1266, 1267 y 1270), el Código Civil Francés (artículo

2137), el Código Civil Argentino (artículo 512), el Código Civil Español (artículo 1104), el Código Civil Chileno (artículo 44) y el Código Civil Colombiano (artículo 63).

El texto del artículo 1320 del Código Civil Peruano, es el siguiente:

> *Artículo 1320.- «Actúa con culpa leve quien omite aquella diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar».*

Por último, precisa señalarse que, a decir de la doctrina nacional, los artículos 1319 y 1320, relativos a la culpa inexcusable y culpa leve, están destinados a dar pautas generales o líneas directivas al juez; pero toca a éste, en cada caso, apreciar si la acción u omisión del deudor contraviene la obligación y, si lo hace, decidir si tal contravención, conforme a dichas pautas, obedece a culpa inexcusable o a la culpa leve.

En definitiva, lo que debe ser apreciado y juzgado es la conducta del deudor ante determinado suceso, y no el «proceder genérico de un miembro de la especie humana», realmente antojadizo y abstracto. El concepto de culpa no debe entenderse como un principio rígido, ya que el juez debe apreciar y decidir según cada caso en concreto.

Dentro de tal orden de ideas, la culpa también es un tipo de imputabilidad que implica un incumplimiento reprochable, aunque en menor grado, que el dolo, por haberse omitido las diligencias exigidas por la ley; de ahí que los tipos de culpa impliquen una interrelación entre negligencia, impericia, imprudencia, ignorancia y descuido.

## 5. LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL

No se incurre en responsabilidad civil sin una conducta o comportamiento que, además de ser contrario al ordenamiento jurídico, sea atribuible a una persona.

Dicha atribución o imputación puede ser meramente física u objetiva —imputabilidad material— o estar referida a una voluntad jurídica o subjetiva —imputabilidad moral—.

Sin embargo, el concepto clásico de responsabilidad está íntimamente ligado —de modo inescindible— con el de imputabilidad moral, sobre la base de sus dos factores: la culpa y el dolo.

Ambos factores se vinculan a la operación intelectual de previsión, sea bajo la forma de un efectivo «haber previsto» (dolo) o un virtual «haber podido prever» (culpa).

El tema que desarrollaremos a continuación busca dar respuesta a la interrogante de si quien realiza una conducta antijurídica e imputable, que causa a otra persona una serie muy extensa de daños, algunos próximos a su accionar, otros más alejados, y otros más remotos o muy distantes, debe responder por todos ellos.

Cabe la posibilidad de que el hecho perjudicial pueda ir desencadenando en relación con otro u otros hechos, más y más perjuicios, algunos directos, otros indirectos, y en el caso de estos últimos no relacionados. En tales supuestos, ¿el deudor deberá responder por todos ellos?

Dentro de tal orden de ideas, cabe precisar que el concepto de causa y el de causalidad se utilizan en materia de responsabilidad civil para tratar, básicamente, de dar respuesta a dos tipos de problemas: en primer lugar, encontrar alguna razón por la cual el daño pueda ligarse con una determinada persona, de manera que se pongan a cargo de ésta, haciéndola responsable, las consecuencias indemnizatorias; en segundo lugar, se trata de relacionar —a la inversa de lo antes señalado— al daño con la persona, pues la regla legal, como luego lo veremos, remarcando el uso de la palabra «causa», dice que se indemniza el «daño causado».

En virtud de lo expuesto, se puede señalar —como manifiesta Mosset Iturraspe—[190] que la denominada «relación de causalidad» se refiere a la vinculación que debe existir entre un hecho y el daño, para que el autor de ese comportamiento deba indemnizar el perjuicio.

Agrega el autor citado que el hecho debe ser el antecedente, la causa del daño y, por tanto, el detrimento o menoscabo aparece como el efecto o la consecuencia de ese obrar. La cuestión se complica cuando se observa la proximidad o lejanía de esos efectos dañosos, respecto del hecho que se considera productor o desencadenante; y, además, porque la mayoría de los hechos no se presentan «puros» o «simples», sino mezclados con otros acontecimientos o bien condicionados por otros

---

190 MOSSET ITURRASPE, Jorge. «La relación causal». En: *Responsabilidad Civil*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1992, pp. 106 y 107.

eventos, favorecidos o limitados por esos otros hechos concurrentes, subyacentes y preexistentes.

Se agrega que lo expuesto se puede observar a través de un ejemplo: un conductor maneja en estado de ebriedad su vehículo. Debido a dicho estado, no divisa a un transeúnte que cruzaba la acera, cuando el semáforo se encontraba en luz roja. El impacto en el cuerpo de la víctima no ha sido tan severo; sin embargo, se presentarán ciertas complicaciones ya que el transeúnte padece de una seria enfermedad: hemofilia.

### 5.1. Teoría de la relación causal

Ahora bien, a efectos de precisar cuál es el hecho determinante del daño se han postulado una serie de teorías de la relación causal, las mismas que nos proporcionan criterios que, en la doctrina nacional y extranjera, han debatido sobre el tema referente a cuál es la relación de causalidad que obliga a indemnizar y cuándo esa relación de causalidad es jurídicamente relevante como para fundar una condena indemnizatoria. A continuación revisaremos cada una de dichas teorías, y analizaremos las principales críticas que se les formulan.

#### *5.1.1. Teoría de la equivalencia de las condiciones o conditio sine qua non*

Esta tesis, expuesta en el año 1860 por el penalista alemán Maxiliano Von Buri, marca el comienzo del tratamiento orgánico del problema de la relación de causalidad.

Dentro de tal orden de ideas, Goldenberg[191] manifiesta que como lo indica su propia denominación, para dicha teoría todas las condiciones son del mismo valor (equivalentes) en la producción del daño (*Aequivalenztheorie*). No cabe, por consiguiente, hacer distinciones; todas son indispensables, de modo que si faltase una sola el suceso no habría acaecido.

Cada condición —afirma— origina la causalidad de las otras y el conjunto determina el evento *causa causae est causa causati*. Como la existencia de éste depende a tal punto de cada una de ellas, si hipotéti-

---

191 GOLDENBERG, Isidoro. *La relación de causalidad en la Responsabilidad Civil*. Buenos Aires: ASTREA, 1984, pp. 19-24.

camente se suprimiese alguna (*conditio sine qua non*) el fenómeno mismo desaparecería: *sublata causa tollitor effectus*.

En consecuencia —sostiene Goldenberg—, dada la indivisibilidad material del resultado, cada una de las condiciones puede considerarse al mismo tiempo causa de todo el desenlace final. Es suficiente, pues, que un acto haya integrado la serie de condiciones desencadenantes del efecto dañoso para que pueda juzgarse que lo causó. Por lo tanto —se concluye—, para la atribución de un hecho a una persona es suficiente que ella haya puesto una de las condiciones necesarias para su advenimiento.

Para aseverar que nos encontramos ante una condición *sine qua non* —finaliza el autor—, basta que se pueda responder afirmativamente a la siguiente interrogante: ¿es cierto que sin el hecho o la falta en cuestión, el daño no se habría producido?

Siempre siguiendo a Goldenberg, diremos que la doctrina encuentra criticable la tesis expuesta, por las siguientes razones:

(a) La teoría de la equivalencia de las condiciones o *conditio sine qua non* eleva el rango de la causa de un daño a cada uno de los numerosos hechos antecedentes, cuya concurrencia determina, precisamente, ese resultado, lo que significa extender ilimitadamente las consecuencias que derivan del encadenamiento causal de los sucesos.

(b) El deber de resarcir, por la mecánica propia de la tesis expuesta, no podría atenuarse en forma alguna. La existencia de culpa concurrente de la víctima resultaría, de este modo, irrelevante.

(c) Quedaría de hecho eliminada la noción de «concausa», la misma que es considerada —desde esta posición— como causa en sentido jurídico. El vínculo subsistiría, entonces, aunque para la creación del efecto hubiesen concurrido otros motivos, de aparición simultánea o sucesiva.

(d) Finalmente se cargan en la cuenta del autor —cualquiera que haya sido su intervención— todas las consecuencias, aun las más remotas y distantes, aunque ellas propiamente no deriven del accionar del sujeto, pues no se admite interrupción alguna del nexo causal.

La teoría de la equivalencia de condiciones o *conditio sine qua non* se valió de argumentos poco sólidos, que la condujeron a que fuera fuertemente criticada por los estudiosos de la materia.

A raíz de la marcada oposición a esta interpretación generalizadora —sostiene Goldenberg—,[192] según la cual basta la existencia de una vinculación causal entre un antecedente en la sucesión de hechos y el efecto final para configurar la responsabilidad del sujeto, se formulan las llamadas teorías individualizadoras, según las cuales la «causa» ya no es la suma de todas las condiciones necesarias del resultado o alguna de ellas, sino que sólo una determinada poseerá esa aptitud.

En virtud de lo expuesto, el problema consiste en seleccionar cuál será la condición relevante que habrá de elevarse a la categoría de causa, a los fines de la atribución jurídica de las consecuencias que de ella deriven.

### *5.1.2. Teorías individualizadoras: Teoría de la causa próxima*

Como anota Goldenberg, el fundamento de esta doctrina, que tuvo gran predicamento en Inglaterra, fue enunciado en el siglo XVI por el filósofo inglés Francis Bacon, en un conocido pasaje de las *Maxims of Law*, quien sostuvo que sería para el Derecho una tarea infinita detenerse en las causas de las causas y las influencias de unas sobre otras, en una concatenación interminable. Basta, pues, considerar la causa inmediata —*proximate cause*—, juzgando las acciones según esta última y sin necesidad de remontarse a un grado más distante —*too remote*—, *in iure non remota causa, sed proxima spectatur*.

En otras palabras, habrá relación de causa efecto si el hecho culpable ha precedido inmediatamente a la realización del daño.

Pero esta teoría tampoco ha sido asumida pacíficamente por el Derecho. Así, la doctrina señala las siguientes críticas en torno a la tesis desarrollada:

(a) No soluciona el caso de daños nacidos de hechos que han concurrido de manera simultánea o compleja a su realización. En la medida en que los dos guardan la misma proximidad, no cabría distinguir entre la fuerza productora de uno y de otro.

(b) No brinda respuesta adecuada a los daños que —originados en un hecho indudable— no aparecen enseguida en el tiempo; que

---

192 GOLDENBERG, Isidoro. *Op. cit.*, p. 24.

requieren de un proceso de exteriorización o manifestación, que los separa o distancia de ese hecho que fue la causa.

(c) No es justa cuando atribuye al último hecho todas las consecuencias que se desencadenan, desconociendo la incidencia de los hechos precedentes que han preparado, casi por completo, ese resultado. Respecto a esta crítica, el siguiente caso la esclarece: Pedro se encontraba conduciendo su automóvil cuando de pronto divisa que al lado derecho de la acera se hallaba una mujer mal herida, a consecuencia de haber sido atropellada y abandonada por el responsable. Pedro, en un afán humanitario, la conduce en su automóvil al hospital más cercano para que pueda recibir ayuda médica. Sin embargo, en el trayecto su automóvil colisiona fuertemente con un camión y la mujer muere. Según la teoría, el responsable de la muerte de la mujer moribunda sería Pedro, aun cuando la víctima hubiera fallecido igual a horas o días del anterior evento, no distinguiendo si se trataba de una persona que antes del choque del automóvil se encontraba sana, en grave estado o incluso moribunda.

La tesis desarrollada (de la causa próxima), al igual que la anterior (de la equivalencia de las condiciones), se funda en un criterio de inmediatez cronológico, y no lógico, generando como resultado soluciones jurídicas totalmente divorciadas del buen sentido.

En la actualidad, como manifiesta Goldenberg,[193] ha sido vivificada en el Derecho Angloamericano y reelaborada y, según ella, se requiere para la existencia del nexo de causalidad una «relación directa» entre la condición y el resultado dañoso o, en otros términos, que no haya mediado ningún otro suceso que fracture dicha vinculación, con lo que —en definitiva— se emparenta conceptualmente con la teoría de la «causalidad adecuada».

Finalmente, es importante señalar que la teoría desarrollada parecería haber sido asumida en el Perú por el Sistema de Responsabilidad Civil Contractual (Inejecución de Obligaciones) en el artículo 1321 del Código Civil de 1984, cuando utiliza la expresión «consecuencia inmediata y directa». Sin embargo, el tema debe ser interpretado conforme a criterios más acordes con la razón y la justicia, fuera del frío texto de la ley.

---

193 GOLDENBERG, Isidoro. *Op. cit.*, pp. 25 y 26.

### *5.1.3. Teoría de la causa eficiente y de la causa preponderante*

En la doctrina alemana se formulan otros planteamientos de acuerdo con los cuales no interesa ya el acontecimiento que ha precedido inmediatamente al daño, sino hay que establecer su condición causal según el grado de eficiencia en el resultado (*causa efficiens*), en oposición al principio de la indiferencia de las condiciones, sustentado por la teoría de la *conditio sine qua non*.

Dentro de esta postura —alude Goldenberg—, una corriente acude a un criterio cuantitativo para caracterizar la condición más activa, señalando que es aquélla que en mayor medida ha contribuido a la producción del resultado.

Otra, en cambio, se basa en una noción cualitativa para determinar la causa eficiente, conceptuando como tal la de más considerable eficacia por su calidad intrínseca en el proceso causal, según el curso normal de los sucesos.

Mosset Iturraspe,[194] por su parte, expresa que «esta teoría supera las dos anteriores y acierta en cuanto a su afán de distinguir entre las condiciones, las eficientes para producir el daño, de las ineficientes o inadecuadas. No basta comprobar que un hecho ha sido antecedente de otro para afirmar que sea su causa eficiente; para ello es necesario que por sí tenga la virtualidad de producir semejante resultado».

Por otra parte, la teoría de la causa preponderante —según Goldenberg—[195] estima que debe reputarse «causa» a aquella condición que rompe el equilibrio entre los factores favorables y adversos a la producción del daño, es decir, aquel acto que por su mayor peso o gravitación imprime la dirección decisiva para el efecto operado. Se le ha denominado también la «Teoría del equilibrio».

Las teorías de la causa eficiente y de la causa preponderante han sido criticadas por ser arbitrarias en la designación de sus criterios, así como por carecer de rigor científico, al no reconocer un método teórico determinado, como señala Goldenberg:[196] «En efecto, la imposibilidad de escindir materialmente un resultado, de suyo indivisible para atribuir a una condición

---

194 MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Op. cit.*, p. 110.

195 GOLDENBERG, Isidoro. *Op. cit.*, p. 28.

196 GOLDENBERG, Isidoro. *Op. cit.*, p. 29.

‹*per se*› un poder causal decisivo, hace caer dichas construcciones teóricas en un empirismo que las despoja de todo rigor científico».

### *5.1.4. Teoría de la causalidad adecuada*

Según la doctrina consultada, el debate doctrinario aparecía trabado y sin posibilidad de llegar a una definición. Era necesario, entonces, superarlo con la incorporación de elementos nuevos, que sirvieran para permitir al juez una distinción razonable entre causa y condiciones, o simples condiciones, no siendo causa del daño cualquier condición, sino aquélla que es en general idónea para producirlo.

El primer paso consiste en comprender que la medición de la «eficiencia» no es una cuestión matemática, rígida, susceptible de ser planteada como una fórmula. Tiene las tonalidades intermedias, grises, de los hechos humanos, que deben ser analizados caso por caso, con especial atención a la tipicidad de los efectos.

Dentro de tal orden de ideas, «la relación de causalidad adecuada» no es tema a desentrañar por el legislador, con base en una fórmula por él creada; es cuestión a decidir por el juez de la causa, muy atento a sus peculiaridades, actuando como si fuera un observador óptimo, colocado al momento de la producción del hecho que se juzga en situación de anticipar o inferir las consecuencias perjudiciales que de ese hecho pueden derivarse.

En esta línea de pensamiento, refiere Reglero Campos[197] que a pesar de que «esta teoría parte de la base de la equivalencia de las condiciones, se ubica en un plano meramente físico o material (nomológico-ontológico). En uno jurídico, no todos los antecedentes causales de un determinado daño tienen la misma relevancia. Esta teoría se construye sobre la base de los juicios de probabilidad formulados por Von Kries, los cuales postulan que frente a situaciones en las que un hecho es resultado necesario de otro, existen otras en las que el resultado es probable, y otras en las que es improbable (también aquéllas en las que un resultado nunca podría ser consecuencia de un determinado antecedente). La teoría de la adecuación toma en consideración el segundo tipo de situaciones (consecuencia pro-

---

197 REGLERO CAMPOS, Fernando. *Tratado de la Responsabilidad Civil*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2002, pp. 292 y 293.

bable del hecho enjuiciado), teniendo también en cuenta las circunstancias que concurren en el caso concreto».

Atendiendo a este criterio —agrega Reglero—, del conjunto de hechos antecedentes habría que considerar como causa, en sentido jurídico (con potencialidad suficiente para la imputación del daño), sólo aquellos hechos de los cuales quepa esperar *a priori* y según criterios de razonable seguridad o verosimilitud estadística (juicio de probabilidad), la producción de un resultado (dimensión positiva de la causa adecuada). O, formulado a la inversa, a la hora de imputar el daño deben suprimirse de[1] curso causal aquellos antecedentes que de forma estadística, muy improbable hubieran dado lugar, por sí mismos, al resultado final (dimensión negativa de la causa adecuada). En definitiva, esta tesis viene a juridificar la teoría de la equivalencia de las condiciones, mediante la negación de la equivalencia de todos los componentes causales, pero no en su manifestación física o material, sino en su dimensión jurídica.

Sin perjuicio de los reparos particulares que puedan formularse a los criterios postulados por esta teoría, se observa que —con distintos enfoques— todos ellos acuden a la noción de «previsibilidad», con lo cual se superpone el concepto de causalidad al de culpabilidad, que metodológicamente debe plantearse *a posteriori*, de haberse comprobado la existencia de un vínculo causal. En tal sentido, Núñez[198] reprocha a esta teoría, que a fin de estructurar el juicio de idoneidad de la conducta para producir el resultado, se sirve de los materiales propios de la culpabilidad. De este modo, la consecuencia no se pone a cargo del autor por su conexión de sentido puramente físico con la conducta, como lo requiere un proceso de causalidad material entre una causa y un efecto.

Aunque desde el punto de vista de una crítica rigurosa tales objeciones sean valederas, la tesis de la causa adecuada tiene el mérito de dejar gran elasticidad a los tribunales para apreciar los problemas de la causalidad en los supuestos de concurrencia de causas.

Cabe precisar que la teoría bajo comentario parecería haber sido asumida por el Sistema de Responsabilidad Civil Extracontractual en

---

198 Núñez, Ricardo. *Derecho Penal Argentino*. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1959, Parte General, vol. I, p. 262.

el artículo 1985 del Código Civil de 1984, postulando un criterio de «razonabilidad» y «probabilidad» para la realización del análisis de las condiciones, al referirse a la necesidad de que exista «una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido».

A modo de conclusión, podemos afirmar que el criterio de previsibilidad está en la base de la causalidad jurídica de las consecuencias dañosas por las cuales se debe responder.

A continuación, estudiaremos cada uno de los tipos de consecuencias dañosas previstos en doctrina, así como el tratamiento de las mismas en el Código Civil de 1984.

### 5.2. Clasificación de las consecuencias dañosas

Tradicionalmente la doctrina clasifica a las consecuencias dañosas en tres tipos, a saber:

#### *5.2.1. Consecuencias inmediatas*

Goldenberg[199] expresa que las consecuencias inmediatas son «las que acostumbran suceder según el curso natural y ordinario de las cosas». No es necesario, pues, que sobrevengan ineludible o forzosamente (criterio de necesidad); basta que ordinaria y comúnmente sucedan, *quod plerumque fit*, «normalidad del acontecer».

Agrega el autor citado que este efecto tiene que ser apreciado objetivamente, según lo que suele acaecer en las relaciones causales que la vida depara (principio de regularidad).

Añade, asimismo, que el concepto de inmediatez supone que entre hecho y resultado no haya interferencia alguna en el *iter* causal.

Finalmente, se debe destacar que no se trata de un concepto temporal de inmediatez, pues en el caso que una persona envenene a otra y la muerte de esta última se produzca a los dos días de haber ingerido la sustancia letal, habrá conexión inmediata entre dicha acción y el daño producido: la muerte de la víctima, cualquiera que sea el tiempo en que ésta ocurra. Por consiguiente, constituirá un efecto inmediato,

---

199 GOLDENBERG, Isidoro. *Op. cit.*, pp. 66 y 67.

en el sentido de que normalmente ese hecho debía ocasionarlo según el curso natural y ordinario de las cosas.

La gran mayoría de legislaciones postula que las consecuencias inmediatas son en todos los casos imputables al autor del hecho.

En efecto, tales consecuencias, por lo mismo que derivan del curso natural y ordinario de los acontecimientos, se las presume siempre previstas. Se trataría de una culpa evidenciada por el efecto dañoso mismo del obrar, como por ejemplo los daños o perjuicios que se causaren con un vehículo al cruzar una calle céntrica, al medio día, en estado de ebriedad.

En estos casos, dice Goldenberg, «aparece claramente la concatenación causal hecho-resultado y, en orden al juicio de probabilidad, así ocurre regularmente».

### 5.2.2. *Consecuencias mediatas*

Como expresa Mosset Iturraspe,[200] las consecuencias mediatas resultan solamente del hecho del agente con un acontecimiento distinto. No hay en la gestación o producción del daño un solo hecho, sino dos o más hechos que se encadenan o relacionan para conducir al resultado. En el ejemplo de la colisión de vehículos, ocurre que el conductor de uno de ellos se dirigía a celebrar un negocio, que fracasa ante su ausencia. Mientras el daño ocasionado al vehículo es consecuencia inmediata, los daños económicos por el fracaso del negocio son consecuencia mediata. Ha debido sumarse al hecho del accidente un segundo hecho, el de la actividad a cumplir por uno de los conductores.

Agrega el citado profesor que es fácil deducir la enorme riqueza de las consecuencias mediatas. La variedad infinita de los hechos que pueden encadenarse al hecho primero del agente, y del mismo modo, la gama de los daños que pueden resultar. Así, los hechos que sobrevienen o se agregan al del agente, como causas que concurren a producir el efecto perjudicial, pueden ser coadyuvantes, si se conectan con el hecho del agente, sin interrumpir la cadena causal, para —sumados— producir efectos, o excluyentes, cuando tienen virtualidad propia para ocasionar el daño y, por tanto, interrumpen la cadena causal, borran la eficacia de los hechos anteriores.

---

200 MOSSET ITURRASPE, Jorge. *La relación causal. Op. cit.*, pp. 113 y 114.

Finalmente, es importante señalar que las consecuencias mediatas pueden ser previsibles o imprevisibles; a las primeras se les denomina mediatas previsibles o simplemente mediatas, a las segundas se les llama causales.

La mayoría de legislaciones prescriben que el autor del hecho dañoso debe responder de las consecuencias mediatas, cuando ellas fueron previstas o eran previsibles, empleando la debida atención o conocimiento de la cosa, de acuerdo con las relaciones causales que suelen acaecer en situaciones similares.

Un ejemplo explicará mejor lo anteriormente expuesto: Un ladrón entra a robar a una casa, y con el fin de evitar que la dueña de la misma ofrezca resistencia, ejerce violencia sobre ella y le inyecta un narcótico. Si la mujer muere por no tolerar la droga, debido a deficiencias orgánicas, dicha consecuencia será imputable al ladrón, ya que aunque el resultado haya sido imprevisible para el agente, era previsible en general, en las circunstancias del caso, por ser la muerte un efecto normal de la droga en personas con ciertas deficiencias en su salud.

### *5.2.3. Consecuencias causales*

Como lo adelantáramos, estas consecuencias constituyen una subespecie de las consecuencias mediatas, que se distinguen por su imprevisibilidad.

Para diferenciarlas de las consecuencias mediatas previsibles, se recurre a un factor subjetivo de valor intelectual: la imposibilidad de preverlas, ya que el proceso material de causa a efecto es el mismo en las unas que en las otras.

Se caracterizan principalmente por tener una conexión de tercer o ulterior grado con el hecho generador, es decir se encadena un hecho con un acontecimiento distinto que, a su vez, se enlaza con otro tercer acontecimiento, u otros posteriores.

Como lo manifiesta Goldenberg,[201] la regla general en materia de consecuencias causales es su inimputabilidad, ya que son normal u objetivamente imprevisibles. Por consiguiente, resulta coherente establecer que dichas consecuencias, por constituir una derivación imprevisible

---

201 GOLDENBERG, Isidoro. *Op. cit.*, pp. 112-117.

en el *iter* causal, son anormales y, por su calidad de fortuitas, no crean responsabilidad en el autor del hecho. La razón es que desbordan las predicciones de cuanto pudiera razonablemente acaecer.

Y con un ejemplo se ilustra lo señalado: «María convence a su mejor amiga para que tome unas merecidas vacaciones y viaje al extranjero. La amiga viaja por avión, el cual sufre la avería de uno de sus motores en pleno vuelo, trayendo como resultado su inminente descenso, produciéndose la muerte de la amiga». Evidentemente, María no será responsable de la muerte de su amiga, ya que dicho evento es totalmente fortuito, desprendiéndose su completa imprevisibilidad.

### 5.3. Tratamiento de las consecuencias dañosas en el Código Civil Peruano de 1984

El Código Civil no se limita a señalar qué se entiende por dolo, por culpa inexcusable y por culpa leve, sino que, además, establece que las consecuencias jurídicas que se deriven del incumplimiento o del cumplimiento parcial, tardío o defectuoso serán distintas en cada caso.

Tales consecuencias se encuentran prescritas en el artículo 1321, cuyo texto es el siguiente:

> Artículo 1321.- *«Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.*
>
> *El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución.*
>
> *Si la inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída».*

En primer lugar, cabe señalar que el artículo bajo análisis es aplicable al ámbito de la responsabilidad contractual. En este sentido, siendo en dicho sistema —como lo prevé el precepto transcrito— el factor atributivo de responsabilidad de carácter subjetivo (medie culpa o dolo en el actuar del sujeto), cuando el responsable inejecute sus obligaciones por «culpa leve» resarcirá las consecuencias inmediatas, entendidas en los términos antes estudiados. En cambio, si el sujeto activo actuara

con «dolo» o «culpa inexcusable», responderá por las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles. Sin embargo, en ambos supuestos la norma prescribe que se tendrá la obligación de indemnizar sólo los daños directos, es decir los que se ocasionan en una unidad de tiempo y que son originados por la misma inejecución en sí. Los daños ulteriores sólo se resarcirán si media pacto entre las partes (argumentos de los artículos 1324 y 1341 del Código Civil de 1984).

Conviene, a fin de esclarecer el cuadro, señalar qué comprenden esos daños y perjuicios.

En lo que respecta a la fórmula «daños y perjuicios», ella es equivalente a otras expresiones que se suelen emplear: «daños e intereses», «perjuicios e intereses», «pérdidas e intereses», etc. Si bien es una pauta que involucra dos palabras distintas verbalmente, en realidad son idénticas en cuanto a su fondo conceptual.

Empero, en todos los casos la indemnización de daños y perjuicios se refiere al derecho que tiene toda persona a reclamar el resarcimiento de tales «daños y perjuicios».

El daño que interesa, a efectos de la responsabilidad civil, es el daño reparable por presentarse como daño jurídicamente relevante. Siguiendo la doctrina general sobre esta materia, enunciaremos a continuación las diversas categorías en que suele dividirse el daño:

(a) Por el objeto afectado por el daño, éste puede ser material (patrimonial) o moral.

(b) Teniendo en cuenta la fuente del daño, éste puede ser contractual o extracontractual.

(c) Por razón de la causa, los daños pueden ser moratorios o compensatorios.

(d) Teniendo en cuenta el tipo de relación que exista entre el daño y el acto u omisión que lo ha provocado, si se trata de una relación inmediata o directa, será daño directo o inmediato, y si se trata de una relación mediata o indirecta, el daño será mediato o indirecto.

(e) Considerando su grado, el daño puede clasificarse en actual y futuro.

(f) La doctrina también se refiere a los daños previstos y no previstos, y atendiendo a lo que se denomina «responsabilidad *in con-*

*trahendo*» emergente antes de la celebración de un contrato, hace una diferenciación entre el daño al interés positivo del contrato y el daño al interés negativo del mismo.

De los distintos criterios clasificatorios que acabamos de esbozar nos interesa aquél que identifica el daño patrimonial o material y el daño extrapatrimonial. La distinción entre uno y otro se encuentra dada en función de las repercusiones de la conducta del agente sobre el patrimonio (material o no) de la víctima.

A grandes rasgos, el daño patrimonial consiste en la lesión de derechos de naturaleza económica que debe ser reparada.

Ahora bien, el daño material o patrimonial puede manifestarse en dos formas típicas, a saber: 1) como la pérdida o disminución de valores económicos ya existentes, esto es, como un empobrecimiento del patrimonio, lo que se conoce como daño emergente o positivo; o bien como 2) la frustración de ventajas económicas esperadas, es decir, como la pérdida de un enriquecimiento patrimonial previsto, lo que se denomina lucro cesante.

La distinción clásica entre daño emergente *(damnum emergens)* y lucro cesante *(lucrum cessans)* está dada por la disminución del patrimonio en el primero, y por la privación del aumento o por la supresión de la ganancia esperable en el segundo.

Así, el daño emergente se traduce en el empobrecimiento del factor económico actual del patrimonio del sujeto. De ahí que la doctrina no duda en señalar que viene constituido por el perjuicio efectivamente sufrido. El lucro cesante, por su parte, es la frustración traducida en un empobrecimiento patrimonial.

Ambos elementos —el daño emergente y el lucro cesante— son comprendidos en la indemnización en sí, sin los cuales ésta no alcanzaría su fin, el mismo que consiste en colocar al perjudicado o a la víctima en la misma situación que si la obligación hubiera sido ejecutada.

Hablar pues de daño emergente y lucro cesante, es algo así como referirse a «daños y perjuicios», conceptos que si bien no se engloban, van a la par o se mantienen en paralelo.

A pesar de que desde el punto de vista idiomático o semántico puedan denotarse distingos entre ambas expresiones, desde el punto de

vista de las consecuencias jurídicas (sobre todo en el Derecho peruano), mantienen idéntico fondo conceptual.

En efecto, en la «pareja» que forma el séquito habitual de la indemnización, se agrupa a los «daños» (la pérdida, detrimento, destrucción o disminución de los bienes jurídicos, tomados no sólo desde el punto de vista netamente patrimonial, sino también extrapatrimonial o daño moral y/o personal) y a los «perjuicios» que deben resarcirse. Estos últimos, desde una concepción semántica (ganancia lícita que deja de obtenerse), se relacionan especialmente con el lucro cesante (ganancia o utilidad impedida).

Como puede observarse, ambos conceptos mantienen estrecha relación en el ámbito indemnizatorio y todos ellos resultan reparables o resarcibles —sin distinción, pero siempre y cuando se irroguen efectivamente— en la magnitud que establece el artículo 1321 del Código Civil Peruano de 1984.

Cabe advertir que, como podremos apreciar al estudiar el artículo 1322, los daños que el incumplimiento ocasione podrían ser no patrimoniales, en tanto sus efectos podrían recaer en el ser humano considerado en sí mismo, en cuanto sujeto de derechos, desde la concepción hasta la muerte, lo que comúnmente se conoce como daño moral, e inclusive en las personas jurídicas.

Por otro lado, en el campo de la responsabilidad extracontractual el tratamiento de las consecuencias dañosas es distinto, según lo prevé el artículo 1985 del Código Civil, norma de texto siguiente:

> Artículo 1985.- «*La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño*».

En el ámbito de la responsabilidad extracontractual, como se desprende de la norma citada, el sujeto responsable de un hecho dañoso resarcirá las consecuencias inmediatas, mediatas previsibles y —excepcionalmente— las causales, cuando tengan incidencia demostrable y cuantificable. Asimismo, se responderá por los daños ulteriores, es decir

por las consecuencias posteriores que se deriven del daño originalmente ocasionado, las que se irán materializando en el tiempo.

## 6. INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL

La doctrina es unánime en considerar al daño como el factor principal de la responsabilidad. Sin daño, efectivamente, no hay reparación.

No puede haber debate acerca de la responsabilidad faltando el daño, pues ella tiene por objetivo la reparación y la indemnización. Luego, un hecho, por muy reprensible que sea, no puede autorizar una acción civil de responsabilidad, si no se prueba el daño.

Si, por ejemplo, el cumplimiento de la obligación, al tiempo de su vencimiento, no ofrece ya ningún interés para el acreedor, su inejecución no causará perjuicio y no se podrá decretar la responsabilidad del deudor. Allí está toda la diferencia —y ella es esencial— entre la ejecución forzada en especie de una obligación contractual y la ejecución por equivalente de esa obligación. En efecto, para que el acreedor esté en condiciones de obtener la ejecución forzada en especie, basta que pruebe la existencia de su crédito, sin necesidad de demostrar que la inejecución le causaría un daño. Por el contrario, en lo concerniente a la ejecución por equivalente, esto es, la condena del deudor a pagar daños y perjuicios, el acreedor deberá probar que la inejecución le causó un daño. En efecto, la indemnización por daños y perjuicios tiene por objeto únicamente reparar el daño causado. Por consiguiente, sin daño no puede haber ejecución por equivalente ni responsabilidad civil.

Asimismo, no hay que confundir el daño con la inejecución de la obligación. El daño no consiste simplemente en la inejecución de la obligación. Resulta de la inejecución, culpable o no, de la obligación, según el caso. La inejecución de la obligación no se identifica con el daño. Es su causa. Es debido a que la obligación no fue ejecutada, por lo que el acreedor puede sufrir un daño cuya reparación se debe imponer al deudor, si dicha inejecución le es imputable y si se cumplen otras condiciones para atribuirle responsabilidad.

La solución no es la misma según se trate de la obligación de pagar una suma de dinero que de otra obligación de dar, o de hacer o de no hacer. El régimen jurídico de las obligaciones de pagar una suma de dinero,

usualmente no es el mismo que el de las demás obligaciones; ello, teniendo en cuenta primordialmente que los elementos y características del daño tampoco son iguales. Por lo general, las reglas para indemnizar el daño en las obligaciones de pagar una suma de dinero son mucho más simples.

El daño, desde una óptica jurídica, es la lesión que por dolo o culpa «de otro» recibe una persona en un bien jurídico que le pertenece, lesión que le produce una sensación desagradable por la disminución de ese bien, es decir, de la utilidad que le producía, de cualquier naturaleza que ella fuese;[202] o es todo menoscabo que experimente un individuo en su persona y bienes a causa de otro, por la pérdida de un beneficio de índole material o moral, o de orden patrimonial o extrapatrimonial.

En torno a la distinción entre el daño material y el daño moral, ya hemos adelantado opinión.

El daño patrimonial es aquél que recae sobre el patrimonio, sea directamente en las cosas o bienes que lo componen, sea indirectamente como consecuencia o reflejo de un daño causado a la persona misma, en sus derechos o facultades.

Tal cual hemos anotado, el daño material o patrimonial puede manifestarse en dos formas típicas: o como la pérdida o disminución de valores económicos ya existentes, esto es, como un empobrecimiento del patrimonio (daño emergente o positivo), o bien como la frustración de ventajas económicas esperadas, es decir, como la pérdida de un enriquecimiento patrimonial previsto (lucro cesante). La indemnización debe, en principio, comprender ambos aspectos del daño, salvo los casos en que la ley disponga expresamente otra cosa.

La distinción clásica entre daño emergente *(damnum emergens)* y lucro cesante *(lucrum cessans)* está dada por la disminución del patrimonio en el primero, y por la privación del aumento o por la supresión de la ganancia esperable en el segundo.

Así, el daño emergente se traduce como el empobrecimiento del factor económico actual del patrimonio del sujeto. De ahí que la doctrina no duda en señalar que viene constituido por el perjuicio efectivamente sufrido.

---

202 BALTIERRA RETAMAL, Enrique, citado por TAMASELLO HART, Leslie. *El daño moral en la responsabilidad contractual*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1969, p. 14.

Ahora bien, en ocasiones el incumplimiento contractual no genera, en estricto, severos daños patrimoniales y, en consecuencia, la indemnización que de ellos se deriva sería verdaderamente intrascendente. No obstante, como ya señalamos al analizar el artículo 1321, ese mismo incumplimiento podría vulnerar otro tipo de valores que ameritan, también, una indemnización a favor del perjudicado, conforme lo prescribe el artículo 1322 del Código Civil Peruano:

> *Artículo 1322.- «El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento».*

Informa la doctrina que el reconocimiento del daño moral, dentro del ámbito de la reparación civil, podría dividirse en tres etapas:

(a) Una primera, referida a la aceptación del resarcimiento de las consecuencias pecuniarias del daño extrapatrimonial en materia aquiliana, esto es, el llamado «daño moral impropio».

(b) La segunda, concerniente a la admisión para la misma esfera de la responsabilidad, del resarcimiento del «daño moral puro», es decir, aquel perjuicio que no afecta ni aun indirectamente al patrimonio de la víctima.

(c) La tercera etapa supone el acogimiento del pleno resarcimiento en toda la responsabilidad y, por ende, tanto en materia extracontractual como contractual sin distinción, y aun ampliándose la noción del daño moral a todo el ámbito de los atentados a los intereses extrapatrimoniales de la persona.

En lo que respecta al significado jurídico del daño moral, los autores brindan distintas definiciones, pero cuya esencia conceptual no varía.

Así, por ejemplo, se dice que el daño o perjuicio moral es aquél que no atenta contra los intereses patrimoniales ni físicos de la persona y que, por el contrario, atenta contra los bienes no patrimoniales, tales como el buen nombre, la buena reputación y los sentimientos de afecto por ciertas personas.

Si se tiene en cuenta la naturaleza de los derechos lesionados, el daño moral consiste en el desmedro sufrido en los bienes extrapatrimoniales, que cuentan con protección jurídica.

Según este primer criterio de definición, el ataque a los bienes del patrimonio configura daño material o patrimonial. En cambio, el

ataque a un derecho no patrimonial, ataque a la integridad corporal, al honor, a la reputación —incluida la de la familia—, a la libertad, a la violación de un secreto concerniente a la parte lesionada, etc., produce daño moral. Es ésta la definición que la doctrina considera como daño moral puro.

Por el contrario, si se atiende a los efectos de la acción antijurídica, el daño moral es el daño no patrimonial que se infringe a la persona en sus intereses naturales tutelados por la ley.

Este segundo criterio de definición no desconoce que las lesiones a los derechos no patrimoniales trascienden, en muchas ocasiones, al patrimonio de la víctima —el ataque a la reputación de un profesional que reduce su clientela y merma los ingresos normales—. Aquí se refiere a daño moral con repercusión patrimonial.

Pese a todas estas consideraciones, muchos discuten la procedencia de la reparación del daño moral. Incluso entre quienes la admiten, se aprecian diferencias respecto de su amplitud.

Se han desarrollado varias teorías destinadas a deslindar la cuestión en torno a dónde y cómo se proyecta la extrapatrimonialidad del daño que debe ser reparable. A modo ilustrativo, nos ocuparemos de las más significativas:

(a) La primera teoría sostiene que el daño moral deriva de la «clase de derecho subjetivo lesionado, protegido por el ordenamiento».

Así, el daño (moral) más que una violación al derecho de un sujeto, lo es de una norma que reconoce el derecho subjetivo inherente a la personalidad. Es decir, lo ofendido aquí es el ordenamiento mismo, como perjuicio *in iure*.

(b) La segunda teoría se refiere al interés afectado, entendido éste como «el poder actuar» reconocido por la ley hacia el objeto de satisfacción. Es lo que la doctrina denomina «interés *in iure*» (la posibilidad de gozar el derecho subjetivo y reaccionar para defenderlo).

Según esta posición, se admite también otra categoría de interés, que vendría a ser la expectativa lícita de continuar obteniendo el objeto de satisfacción, esto es el «interés simple».

(c) La tercera corriente se ubica, más bien, en el resultado o efecto de la acción dañosa.

Si el detrimento producido por la ofensa disminuye o hace perder un bien material y no valuable en dinero, es daño moral; si, por el contrario, el daño es mensurable en moneda patrimonial, es daño material.

Si bien las tres doctrinas expuestas tienen adherentes entre los autores, la generalidad de ellos adopta la última, pues toma como base el concepto especial de «daño», que es el único que interesa a los fines del resarcimiento.

Si realmente lo que se desea es clasificar al daño resarcible, no hay que atender a la naturaleza de los derechos lesionados, sino al daño en sí mismo, esto es, a los efectos o consecuencias de la lesión.

Según este concepto, resulta lógico —a decir de los autores consultados— que una acción ilícita, aunque no haya afectado sino un derecho o un bien jurídico de la víctima, pueda ocasionar a ésta ambas clases de daños (daño patrimonial o material y daño moral), conjuntamente.

Se pone énfasis en que, en rigor, todo gira en torno al efecto dañoso de la acción y, a través del demérito en sí mismo soportado, es posible determinar la cuantía de la indemnización equivalente o satisfactoria.

De igual modo, se dice que el daño se acarrea no al «poder de satisfacción» del sujeto, sino a un bien o soporte, material o inmaterial, del sujeto. No se menoscaba el señorío del sujeto, sino su patrimonio o sus manifestaciones personales que le acompañan como persona (honra, cuerpo, libertad, intimidad, etc.).

También se ha afirmado que un perjuicio al cuerpo humano no sólo atañe a ese bien inmaterial (personalísimo), sino que a la vez puede producir gastos de curación y lucro cesante. Pero nada impide los dos efectos diferenciados sobre la persona: lesionado el bien espiritual y la organización física productora de patrimonio. Las consecuencias, que es lo que importa, se expanden o bifurcan; provienen directamente del acto y abarcan dos aspectos: el patrimonial y el extrapatrimonial en sus resultados. Se desmejora la salud, se provoca el dolor y se impele a la necesidad de realizar gastos para hacerlos cesar y de suspender las actividades económicas durante la curación.

Uno se podría preguntar: ¿es posible cuantificar el interés concebido como poder de satisfacción?, ¿es posible hablar de la «entidad» del interés —mayor o menor— lesionado? El poder de satisfacción del derecho no tiene entidad mayor o menor. Sí la tiene el daño sobre el

objeto dañado. Y estos puntos de vista, encadenados con la relación de causalidad, son las pautas comparativas de la entidad de los daños que permiten evaluarlos en más o en menos según su gravedad.

En cuanto al contenido mismo, creemos —al igual que un sector importante de autores (como Carmen Hidalgo Domínguez, Eduardo A. Zannoni, Elena Vicente Domingo y otros)— que resulta infructuoso y hasta inútil abordar al daño moral en una definición absoluta. Primero, porque se aprecia en la doctrina (y en algunas legislaciones) una acentuada tendencia a reparar todo daño; y segundo, porque —a decir de los tratadistas— el daño moral es una noción esencialmente relativa, en estricta dependencia con el nivel de tutela jurídica que se estima indispensable conceder a la persona. Dicha idea la doctrina la resume en la premisa de que a mayor conciencia social de esa protección, mayor número de hipótesis serán consideradas como daño moral.

La definición de daño moral debe ser lo más amplia posible, incluyendo todo daño o perjuicio a la persona en sí misma —física o psíquica—, así como todo atentado contra sus intereses extrapatrimoniales.

Al respecto, anotamos que el daño moral es el daño no patrimonial, pues está inferido en derechos de la personalidad o en valores que pertenecen más al campo de la afectividad que al de la realidad económica. Son, en cuanto a la naturaleza del derecho vulnerado, aquéllos que recaen sobre bienes inmateriales, tales como los que lesionan los derechos de la personalidad; y también los que recaen sobre bienes inmateriales, pero que, independientemente del daño moral, originan, además, un daño material.

Y, en cuanto a sus efectos, son susceptibles de producir una pérdida pecuniaria, o son morales *strictu sensu*, cuando el daño se refiere a lo estrictamente espiritual.

Cuando el daño moral existe, su sanción debe seguirle como consecuencia necesaria, cualquiera que sea su procedencia y naturaleza.

También se ha hecho referencia a la discrepancia en torno a la medida o amplitud que debe reconocerse en la protección del daño moral. Al respecto, la doctrina expone distintas soluciones, a saber:

(a) Aquélla que reconoce una protección amplia, que abarca los supuestos de agravio moral en cualquier acto ilícito y en el incumplimiento contractual.

(b) Aquélla que sólo reconoce el daño moral en los casos de acto ilícito.

(c) Por el contrario, otra solución reconoce la protección exclusivamente en los delitos penales.

(d) Mientras que distinta solución, plantea el reconocimiento limitado a los delitos penales dolosos.

(e) Finalmente, existe un reconocimiento en la medida en que también se sufran daños materiales e indemnización subordinada al monto de aquéllos.

Al respecto, somos de la opinión —en concordancia con la doctrina mayoritaria y conforme a la regulación planteada por nuestro Derecho interno— que si se pretende restringir el resarcimiento del daño moral en el terreno jurídico, se estaría pugnando contra el más elemental sentido de justicia, y que no debe haber norma o Código con solución limitada al respecto.

No debe olvidarse, en primer término, que la noción de daño (como elemento de la responsabilidad) se vincula en todo el terreno jurídico con las cuestiones penales y civiles.[203]

Asimismo, en el área civil, la noción de daño se vincula tanto con la responsabilidad contractual como con la extracontractual, pues resulta indispensable que se cause daño, dado que sin él no hay responsabilidad civil; o, como también se dice: «sin interés no hay acción».

---

203 Respecto al ámbito penal, siempre se presenta en todo delito un daño social o indirecto, consistente en la perturbación y alarma social que produce aquél y que se repara por la pena, sanción *sui generis* y típica del Derecho Penal, y generalmente también un daño individual o directo, causado directamente a la víctima en cualquiera de sus bienes jurídicos y que se repara con la indemnización de perjuicios: son las consecuencias civiles que derivan del delito. Pero un delito podría no dañar a otro y, sin embargo, engendrar responsabilidad penal. El daño individual resultante del delito puede ser material o moral, pues cuando el delito produce daño individual, y así ocurre la generalidad de las veces, se trata de un delito penal que a la vez es delito o cuasi delito civil, pues de todo delito nace una acción penal para el castigo del culpable, y puede nacer una acción civil para obtener la restitución de la cosa o su valor y la indemnización establecida por la ley a favor del perjudicado, tal y como es el espíritu del artículo 93 del Código Penal Peruano (sobre el particular, ver también: LABATUT GLENA, Gustavo. *Derecho Penal, Parte General*, citado por TOMASELLO HART, Leslie. *Op. cit.*, p. 16; y ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Chileno*. Santiago de Chile: Universitaria, 1943, p. 209).

Debe hacerse hincapié, además —en sustento a la protección amplia de la reparación del daño moral—, que los bienes que forman parte de un patrimonio no están representados sólo por las cosas u objetos materiales con valor pecuniario, sino que también están inmersos en ellos ciertos valores (bienes) personales, como las capacidades o aptitudes para el trabajo, que son fuentes de beneficios económicos, y aun ciertas relaciones o estados de hecho que se establecen entre personas y cosas, como la clientela, el negocio, etc.

Así, el perjuicio que pueda experimentar una persona (aun cuando ésta forme parte como acreedora de una relación jurídica obligacional), no es siempre de naturaleza patrimonial en estricto; dicho perjuicio puede afectar otro género de facultades, todavía más preciosas, como aquéllas que integran la personalidad misma o determinan sentimientos legítimos.

En ese sentido, resultaría mezquino desarrollar un reconocimiento limitado del daño moral a ciertos sectores del Derecho positivo.

De otro lado, conviene también abordar el punto referente a la extensión del daño moral resarcible en el incumplimiento contractual (en confrontación con las tesis resarcitoria y punitoria que todavía hoy se debaten).[204] Para ello, partiremos de la distinción entre el daño moral inmediato y el daño moral mediato resarcible.[205]

---

204 Resulta oportuno recordar que la responsabilidad contractual no sólo opera ante el supuesto de incumplimiento, en estricto (claro está que tal incumplimiento encaja en la previsión de los efectos de las obligaciones que, en torno al acreedor, permiten que éste obtenga del deudor las indemnizaciones correspondientes), sino que también se hace presente en los supuestos de nulidad de los contratos respecto de la parte que supo o debió saber del vicio que los invalidaba, aun en los casos en que no fuese posible demandar contra terceros los efectos de la nulidad de los actos. De igual modo, dicha responsabilidad se hace presente en los casos de ineficacia sobreviniente de los contratos (fuere por imposibilidad de cumplimiento imputable a una de las partes, por resolución, etc.) y por cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de las obligaciones asumidas.

205 Teniendo en cuenta el tipo de relación que exista entre el daño y el acto u omisión que lo ha provocado (si se trata de una relación inmediata o directa), aquél se clasifica en daño directo (inmediato) y daño indirecto (o mediato), clasificación que suele relacionarse con la distinción entre daño intrínseco y extrínseco, la misma que atiende a que el daño se produzca sobre la prestación misma o sobre otros bienes no comprendidos en ella (Véase al respecto, OMEBA. Enciclopedia Jurídica, *Op. cit.*, tomo V, pp. 603 y 605).

La distinción se centra en determinar si el daño moral es consecuencia inmediata, directa y necesaria del incumplimiento de la obligación o si su producción resulta de la conexión del incumplimiento (o ineficacia sobreviniente imputable) de la obligación por un acontecimiento distinto que no pudo preverse.

La cuestión, entonces, consiste en dilucidar si sólo es indemnizable el daño moral que sea consecuencia inmediata del incumplimiento contractual o si también lo es el daño moral mediato.

Hemos señalado en líneas precedentes que dicha cuestión será resuelta en confrontación con las tesis resarcitoria y punitoria.

Para la tesis punitoria, la procedencia o reparación del daño moral es admitida a criterio del juez, quien puede o no sancionar dicha reparación, teniendo en cuenta no sólo el daño (moral) ocasionado, o sea, la naturaleza del hecho generador de la responsabilidad, sino además las circunstancias del caso.

La tesis punitoria restringe pues el ámbito donde el daño moral es resarcible. Sólo resultan resarcibles, para dicha tesis, los daños morales que deriven de la inejecución dolosa y que sean —por ende— consecuencia inmediata de dicha inejecución. Es decir, sólo son resarcibles los daños morales inmediatos.

Sin embargo, la doctrina ha señalado que concebir un agravio moral que sólo aparezca como consecuencia inmediata de la inejecución (maliciosa), es una afirmación en realidad antojadiza.

El fundamento que se expone es el siguiente: resulta claro que disponer la reparación del daño moral es una facultad netamente judicial, pero los autores coinciden en que dicha facultad no se ejerce arbitrariamente, pues está en función con el control de mérito indispensable en relación con la naturaleza o índole del hecho generador de la responsabilidad contractual y las circunstancias del caso.

Claro está —y en eso creemos que no hay duda— que pueden presentarse situaciones en las que el incumplimiento contractual no acarree daños morales, como ocurre generalmente, a decir de la doctrina, en el incumplimiento de las obligaciones mercantiles, ya que dichas relaciones tienen como fin último a la actividad intermediadora con fines lucrativos o venales. Pero cuando dicho incumplimiento sí las provoca, el resarcimiento no puede ser negado o recortado arbitrariamente.

Ahora bien, en lo que respecta a la interrogante de que si sólo son resarcibles los daños morales inmediatos o lo son también los mediatos (en contraposición a la tesis punitoria), somos de la opinión —al igual que un sector dominante de la doctrina— que el hecho de resarcir un daño moral mediato en la inejecución contractual, constituye una situación difícil pero no imposible; por lo menos en cuanto a si tal situación realmente se presente.

Así, en el campo contractual, al igual que en el extracontractual, es mejor buscar una reparación imperfecta —la entrega de una suma de dinero por concepto indemnizatorio—, a dejar, simplemente, sin protección alguna un derecho vulnerado. En ese sentido, cuando el daño moral existe, su sanción debe seguirle como consecuencia necesaria, cualquiera que sea su procedencia o naturaleza.

## 7. INCUMPLIMIENTO DE PAGO DE CUOTAS PERIÓDICAS

El Código Civil de 1984 regula de manera específica el supuesto de inejecución cuando las obligaciones consisten en el pago de cuotas periódicas. Así, en el artículo 1323 se establece lo siguiente:

> *Artículo 1323.- «Cuando el pago deba efectuarse en cuotas periódicas, el incumplimiento de tres cuotas, sucesivas o no, concede al acreedor el derecho de exigir al deudor el inmediato pago del saldo, dándose por vencidas las cuotas que estuviesen pendientes, salvo pacto en contrario».*

Empecemos por señalar que la estructura del Derecho de Obligaciones está orientada a lograr que los deudores cumplan con el pago de sus deudas. Todo el Derecho de Obligaciones y el Derecho de Contratos se encaminan —o al menos deberían encaminarse— a tal propósito.

Por ello, cuando nos encontramos ante obligaciones en que las partes han pactado plazos suspensivos para el cumplimiento de la prestación o de las diversas prestaciones asumidas, el acreedor no podrá exigir al deudor su cumplimiento en fecha anterior a la pactada.

Este principio no sólo resulta elemental dentro del Derecho de Obligaciones y Contratos, sino que extiende su ámbito de aplicación a todas las áreas del Derecho y es uno de aquéllos que podríamos calificar como de vigencia universal, dentro y fuera de la tradición jurídica romano-germánica.

Pero la existencia de plazo o plazos implica, de por sí, que su vigencia es tutelada y respetada por el Derecho, mientras los deudores asuman determinadas conductas.

Así, si se tratara de una prestación cuyo cumplimiento debe ser efectuado en un solo momento y el deudor incumpliese con pagar, es evidente que fuera del plazo pactado no podría invocar beneficio alguno a su favor, pues ya debió cumplir y no lo hizo.

Dentro de tal orden de ideas, es evidente que el Derecho «ya habría perdido confianza» en la conducta del deudor, quien luego de haber incumplido el único plazo que lo favorecía, se verá expuesto a todas las acciones que su acreedor intente contra él para cobrar la deuda o resguardar sus derechos crediticios.

Ahora bien, si la obligación consistiera en pagos periódicos, el Derecho entenderá que el deudor deberá cumplir dentro de los plazos establecidos en el contrato, de modo tal que deberá respetarse cada una de las fechas establecidas, no pudiendo el acreedor exigir el pago antes de su vencimiento.

Esto equivale a decir que el Derecho otorga una especie de «manto de confianza» en favor de la conducta del deudor que cumple oportuna y adecuadamente con sus obligaciones contractuales.

Pero esa protección con respecto al cumplimiento de las futuras prestaciones o pagos parciales de la prestación única, se extenderá en tanto y en cuanto el deudor siga asumiendo una conducta de cumplimiento efectivo, o incurra en un incumplimiento que no sea lo suficientemente grave como para que el propio Derecho pierda confianza en la conducta futura del deudor.

Y aquí no estamos hablando de una confianza en sentido subjetivo, sino de un grado de confianza que la ley objetiviza a través del artículo 1323 del Código Civil, cuando establece que en la medida que el deudor deje de pagar tres cuotas, sucesivas o no, dicho deudor perderá el beneficio del plazo de pago de las sucesivas cuotas, pudiendo su acreedor exigirle no sólo el pago de las tres o más que ya había incumplido, sino del íntegro de las cuotas cuyo cumplimiento futuro se encontraba pendiente.

Esta pérdida del plazo por mandato legal encuentra su explicación en que el ordenamiento jurídico no tiene por qué otorgar el «manto de confian-

za» al que hacíamos referencia, a alguien cuya conducta ha estado encaminada —precisamente— a la pérdida total de la confianza depositada.

Por otra parte, existen razones elementales de lógica que abonan en favor del precepto contenido en el artículo 1323 del Código Civil.

Ellas se basan en que si el deudor ya ha incurrido en un incumplimiento reiterado de las cuotas que debía pagar (tres o más), mal haría el Derecho en aguardar pacientemente que tal deudor incumpliente proceda a pagar las cuotas restantes en los plazos pactados.

Dicho en otras palabras, carecería de sentido aguardar el cumplimiento por parte de quien no suele cumplir con el pago de las prestaciones asumidas.

El artículo 1323 del Código Civil Peruano de 1984 constituye, sin duda alguna, un precepto de enorme utilidad en materia de Derecho de Obligaciones, habida cuenta de que permite de manera eficaz que los acreedores procedan a cobrar sus acreencias cuyo plazo aún no ha vencido, integrándose así como una sanción contra los deudores que no honran el cumplimiento de sus obligaciones.

Por otra parte, resulta necesario recordar que para que se produzca el supuesto del artículo 1323, tiene que haberse constituido en mora al deudor con respecto al pago de las tres cuotas que hubiere incumplido, intimándolo para tal efecto, conforme a la regla general prevista en la primera parte del artículo 1333 del Código Civil.

Si no se hubiese constituido en mora al deudor, se deberá entender que el acreedor le ha concedido una prórroga tácita del plazo, de modo tal que a pesar de que el deudor se hubiere demorado en pagar tres o más cuotas, sucesivas o no, estaría retrasado pero no en situación moratoria, con todas las consecuencias jurídicas que ello implica.

Lo expresado no regiría, naturalmente, si las partes hubiesen pactado la mora automática; o si se presentara alguna de las otras causales de mora automática previstas en el artículo 1333 del Código Civil; o si se tratara de obligaciones sujetas a la regulación del Código de Comercio, en donde la mora automática es la regla y la mora por intimación la excepción.

De otro lado, cabe señalar que si bien el artículo 1323 del Código Civil tiene aplicación práctica en todo el Derecho de Obligaciones, el

legislador de 1984 creyó conveniente establecer una norma muy similar dentro del Título correspondiente al Contrato de Compraventa.[206]

Revisemos los alcances de esta norma mediante un ejemplo.

Imaginemos que «D» y «A» celebran un contrato de compraventa a plazos, en el cual estipulan que el primero debe realizar el pago en cuarenta cuotas.

Siguiendo lo establecido en el artículo trascrito —que de hecho el legislador de 1984 repitió al normar lo referente a la resolución del contrato de compraventa—, si «D» deja de pagar tres cuotas, sean éstas sucesivas o no, «A» tendría el derecho de cobrar no sólo los pagos incumplidos, sino también las cuotas que aún no habían vencido.

¿Cuál es la razón?, ¿por qué «D» tendría que pagar todo si todavía los plazos de esas cuotas no habrían vencido y, en principio, no serían exigibles?

---

206 Al regular el contrato de compraventa, el legislador de 1984 estableció en el artículo 1561 lo siguiente:

Artículo 1561.- «*Cuando el precio debe pagarse por armadas en diversos plazos, si el comprador deja de pagar tres de ellas, sucesivas o no, el vendedor puede pedir la resolución del contrato o exigir al deudor el inmediato pago del saldo, dándose por vencidas las cuotas que estuvieren pendientes*».

El artículo 1561 plantea el supuesto de una compraventa con un precio que deba pagarse por armadas, en diversos plazos, pero menciona la posibilidad de que el comprador deje de pagar tres de ellas, sucesivas o no.

Esto equivale a decir que dicho precepto está referido única y exclusivamente a los contratos de compraventa en que se haya convenido un pago en más de dos cuotas, lo que significa que el precio deba pagarse en tres o más armadas.

Estimamos absolutamente necesario efectuar la precisión anotada, ya que con ello queremos evitar interpretaciones equivocadas respecto de los alcances de esta norma (el artículo 1561), así como de su correlato, el numeral 1562.

Queda claro, entonces, que el artículo 1561 sólo es aplicable a los contratos de compraventa a plazos en donde el precio deba ser pagado en tres o más cuotas.

De no existir el artículo 1561, ante el incumplimiento de una, dos o tres cuotas por parte del comprador, el vendedor podría exigir el pago de las cuotas ya vencidas (con el ánimo de preservar la relación contractual) o resolver el contrato, ya sea judicial o extrajudicialmente, de acuerdo a lo prescrito por los artículos 1428 y 1429 del Código Civil.

Lo que determina el artículo 1561 es única y exclusivamente otorgar un supuesto beneficio adicional al vendedor que se viese afectado por un eventual incumplimiento del comprador en el pago de tres cuotas del precio, sean éstas sucesivas o no: la opción está entre resolver el contrato (camino para cuyo tránsito no se requería del numeral 1561) o exigir al deudor el inmediato pago del saldo, dándose por vencidas las cuotas que estuvieren pendientes (camino para cuyo tránsito tampoco se requería de este numeral, dada la existencia del artículo 1323 del propio Código).

La razón, lo reiteramos, es muy simple. «D», al incumplir, pierde el beneficio del plazo que tenía como deudor. El Derecho ya no confía en ese deudor que incumplió con el pago de esas tres cuotas, sin importar que ellas hayan sido sucesivas o no.

## 8. INEJECUCIÓN DE OBLIGACIONES DINERARIAS

Ahora bien, hasta el momento, al referirnos al tema de los daños y perjuicios, no hemos realizado ninguna distinción en cuanto a la naturaleza de la obligación de cuyo incumplimiento pueden derivarse esos daños y perjuicios, de donde se sigue que todo lo que hemos dicho es aplicable tanto a las obligaciones de dar, como a las de hacer y de no hacer.

Sin embargo, debemos resaltar que las obligaciones de dar sumas de dinero constituyen un caso especial, lo que justifica que la ley le otorgue un tratamiento normativo también especial.

De esta forma, otra de las normas que resulta imprescindible revisar en el estudio del tema de la inejecución de obligaciones, es la del artículo 1324, ya que en ella se establece cómo opera la indemnización de daños y perjuicios en las obligaciones de dar sumas de dinero:

> *Artículo 1324.- «Las obligaciones de dar sumas de dinero devengan el interés legal que fija el Banco Central de Reserva del Perú, desde el día en que el deudor incurra en mora, sin necesidad de que el acreedor pruebe haber sufrido daño alguno. Si antes de la mora se debían intereses mayores, ellos continuarán devengándose después del día de la mora, con la calidad de intereses moratorios.*
>
> *Si se hubiese estipulado la indemnización del daño ulterior, corresponde al acreedor que demuestre haberlo sufrido el respectivo resarcimiento».*

Tal cual podemos advertir con la lectura de la norma, el tema de los daños y perjuicios en materia de obligaciones de dar sumas de dinero, se encuentra íntimamente vinculado a la mora y a los intereses que ella genera como uno de sus efectos, tal como oportunamente lo analizamos.

Así, cuando nos encontramos frente a una obligación de dar una suma de dinero y el deudor incumple con pagar en la fecha de vencimiento, si el acreedor lo constituye en mora, esa constitución en

mora provoca intereses moratorios. La ley establece que esos intereses moratorios vendrían a ser la indemnización que le correspondería al acreedor por el incumplimiento, lo que significa, en otras palabras, que en virtud de lo prescrito por nuestro Código Civil, en el caso de las obligaciones de dar sumas de dinero los daños y perjuicios se restringen a los intereses moratorios.

Por ello, el legislador de 1984, tras constatar que en la mayoría de los casos —aunque no en todos— el incumplimiento de obligaciones de dar sumas de dinero no genera mayores daños y perjuicios que los que son cubiertos por los intereses moratorios, ha considerado conveniente restringir la indemnización a dichos intereses.

Con esta premisa como base, aclaremos ahora algunos de los temas regulados por el artículo 1324.

Empecemos por señalar que cuando la norma hace mención al interés legal, no está imponiendo su aplicación. Si las partes pactaran una tasa de interés moratorio superior al interés legal, regiría esa tasa; si pactaran una tasa inferior al interés legal, regiría aquélla.

La tasa del interés legal regirá, entonces, a falta de pacto.

Conviene advertir que los intereses moratorios, si bien podrán ser mayores que la tasa del interés legal, nunca podrán ser superiores a las tasas máximas que puedan fijarse conforme a ley.

Otro punto que juzgamos necesario aclarar es que sí existe la posibilidad de que el acreedor de una obligación de dar suma de dinero cobre una suma mayor a la de los intereses moratorios, aunque esa posibilidad únicamente se configura en los casos en que se hubiere pactado la denominada cláusula de indemnización por daño ulterior.

La indemnización por daño ulterior es una cláusula contractual, que, por consiguiente, sólo es aplicable si ha sido prevista en el contrato. Gracias a esa cláusula, si los daños sufridos por el acreedor superaran el monto de los intereses moratorios, podría exigir que ellos sean cubiertos. Así, en virtud de la cláusula de indemnización por daño ulterior, el acreedor de una obligación de dar suma de dinero tendría derecho a reclamar una indemnización por el íntegro (no menos, pero tampoco más) de los daños y perjuicios sufridos. Y también correspondería al acreedor probar la cuantía de los perjuicios adicionales a los intereses que le corresponderían.

Cabe advertir que en ese íntegro ya estarían computados los intereses moratorios, de modo tal que habiendo pactado la cláusula por daño ulterior, si los daños y perjuicios totales fueron, por ejemplo, 10,000 nuevos soles y los intereses moratorios 9,000 nuevos soles, el daño ulterior ascendería a la diferencia entre esos dos montos, es decir, a 1,000 nuevos soles, ya que, lo reiteramos, los intereses moratorios forman parte de esos daños y perjuicios.

## 9. RESPONSABILIDAD EN OBLIGACIONES EJECUTADAS POR TERCERO

Otra norma importante es la contenida en el artículo 1325 del Código Civil:

> *Artículo 1325.- «El deudor que para ejecutar la obligación se vale de terceros, responde de los hechos dolosos o culposos de éstos, salvo pacto en contrario».*

Dentro de la complejidad de la vida contractual de nuestros tiempos, es usual que el deudor, para cumplir la obligación, se vea precisado a recurrir al concurso de terceras personas. En estos casos, conforme a lo prescrito por el artículo 1325, el deudor deberá responder de los hechos dolosos o culposos de éstos, salvo estipulación en contrario.

La doctrina clásica calificaba al supuesto allí plasmado como un caso de responsabilidad contractual indirecta, también denominada *responsabilidad refleja, responsabilidad vicaria, responsabilidad por el hecho de otro*, y *responsabilidad excepcional*, en tanto la obligación de indemnizar sólo se presenta en los casos en que la ley faculta a la víctima o damnificado a reclamar que lo indemnice quien, sin haber causado directamente el daño, tiene particular vinculación con el victimario.

Hoy esta visión de la responsabilidad del deudor que se vale de un tercero ha quedado superada y se entiende que la responsabilidad no es indirecta, sino directa. Así, ese deudor es directamente responsable porque la ley establece que en los supuestos en que se vale de un tercero para cumplir con su obligación, asume una responsabilidad objetiva, de modo tal que deberá asumir los daños que ese tercero ocasione al acreedor, claro, siempre y cuando ese tercero sí haya actuado con culpa o dolo y no se haya pactado en contrario.

Ahora bien, no obstante que el Código sustantivo no enuncia las condiciones para que proceda la responsabilidad contractual del deudor que responde por el tercero del que se vale para cumplir su obligación, la doctrina y la jurisprudencia se han encargado de señalar cuáles son tales requisitos:

(a) La relación jurídica patrimonial (el contrato) debe haberse formado o concluido entre el deudor y la víctima del daño. Ha de tratarse —como anota la doctrina— de un contrato válido y circunscrito al deudor responsable y a la víctima, por lo menos en relación al tercero interviniente.

(b) Es necesario que el tercero sea él mismo responsable, es decir que haya obrado con culpa o dolo. La responsabilidad del deudor existe por el hecho culposo o doloso del tercero, pero si el hecho no es imputable a este último, la base de la acción de indemnización desaparece.

(c) Debe existir una relación de dependencia entre el autor del hecho y el deudor, dependencia en el sentido de que el tercero haya necesitado para obrar de una autorización por parte del deudor. Se establece que sólo hay responsabilidad contractual por el hecho de otro cuando el contratante (deudor) puede encomendar a un tercero su ejecución; porque si en el contrato se le impone la obligación de ejecutar él mismo la prestación, el simple hecho de hacerla ejecutar por otro constituye violación del contrato.

(d) El daño debe sufrirlo el acreedor, a consecuencia de la conducta de ese tercero, es decir, debe haber una relación de causalidad adecuada entre la conducta culposa o dolosa del tercero y el daño sufrido por el acreedor.

(e) Asimismo, debe existir una vinculación entre las tareas y el hecho del tercero. En efecto, el tercero sólo «representa» al deudor en el cumplimiento de la obligación que le ha sido conferida. Es necesario, pues, que el daño se infiera «en ejercicio» o «con ocasión» del cumplimiento de la obligación asumida por el deudor.

El fundamento de esta responsabilidad, en suma, se encuentra en la particular situación dada por el actuar u obrar de los terceros de quienes el deudor se vale para el cumplimiento de la obligación, la misma que no es admisible como supuesto liberatorio del deudor por imposibilidad sobrevenida de la prestación.

## 10. REDUCCIÓN Y LIBERACIÓN DEL RESARCIMIENTO POR HECHO U OMISIÓN DEL ACREEDOR

Existen supuestos en que los daños que el incumplimiento generó no deben ser asumidos totalmente por el deudor. Así, son dos las normas en las que se regulan situaciones en las cuales el monto indemnizatorio no se corresponde con todos los daños y perjuicios padecidos, debido a que se configuran circunstancias atenuantes.

Se trata de los artículos 1326 y 1327 del Código Civil, preceptos cuyos textos son los siguientes:

> Artículo 1326.- «*Si el hecho doloso o culposo del acreedor hubiese concurrido a ocasionar el daño, el resarcimiento se reducirá según su gravedad y la importancia de las consecuencias que de él deriven*».
>
> Artículo 1327.- «*El resarcimiento no se debe por los daños que el acreedor habría podido evitar usando la diligencia ordinaria, salvo pacto en contrario*».

La primera de estas normas, esto es, la contenida en el artículo 1326, establece una reducción del resarcimiento por actos del acreedor.

El legislador de 1984 acertó al prescribir que si la conducta del acreedor, culposa o dolosa, hubiera concurrido, esto es, hubiera sido concausa del daño, el resarcimiento deberá reducirse. El deudor, por un principio no sólo de justicia sino también de eficiencia (incentivar a que el acreedor se conduzca diligentemente), no deberá asumir todos los daños cuando el acreedor es cocausante de los mismos.

Ahora bien, la interpretación y aplicación de esta norma no puede hacerse de manera aislada, pues lo que se impone es una lectura sistemática. De este modo, es preciso tener en cuenta que de acuerdo con el artículo 1329 del Código Civil, se presume que la inejecución de la obligación o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor, lo que implica que éste sólo responde por los daños que podían preverse al tiempo en que la obligación fue contraída (artículo 1321 del Código Civil).

Siendo ello así, y como lo anotamos oportunamente, si el acreedor desea exigir los daños que sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución, pero imprevisibles al tiempo de contraerse la obligación,

tendría que probar que el deudor se condujo con dolo o culpa inexcusable.

En conclusión, si el deudor desea que se reduzca el monto indemnizatorio que debe pagar, precisa probar que el acreedor es cocausante, pues su conducta dolosa o culposa colaboró para que se produzcan los daños o, al menos, para que ellos alcancen mayores dimensiones a las que hubieran tenido si el acreedor se comportaba diligentemente.

Aquí, otra vez, se aplica el principio según el cual quien alega algo debe demostrarlo.

Tal principio, por supuesto, también es de aplicación respecto del artículo 1327 del Código Civil. En este caso, el deudor debe destruir la presunción que pesa en su contra, demostrando que los daños pudieron evitarse si el acreedor hubiera actuado con la diligencia que las circunstancias exigían.

Nuevamente esta norma se inspira en los principios de justicia y eficiencia, ya que no sería justo que el deudor asumiera los daños que una conducta diligente del acreedor hubiera podido evitar; y además ello desincentivaría a los acreedores a comportarse con diligencia.

El deudor, sin embargo, sí tendría que responder por los daños que se generaron como consecuencia de su incumplimiento o del cumplimiento parcial, tardío o defectuoso que no podrían haberse evitado aunque el acreedor hubiera actuado con la diligencia debida.

## 11. NULIDAD DEL PACTO DE EXONERACIÓN O LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD

El legislador de 1984, al regular el tema de la inejecución de las obligaciones, optó por prohibir las cláusulas exoneratorias o limitativas de responsabilidad en algunos supuestos, tal cual se encuentra establecido en el artículo 1328 del Código Civil:

> *Artículo 1328.- «Es nula toda estipulación que excluya o limite la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable del deudor o de los terceros de quien éste se valga.*
>
> *También es nulo cualquier pacto de exoneración o de limitación de responsabilidad para los casos en que el deudor o dichos terceros violen obligaciones derivadas de normas de orden público».*

Las cláusulas exoneratorias de responsabilidad son aquéllas en virtud de las cuales el deudor no respondería por los daños y perjuicios causados al acreedor si su incumplimiento obedeciera a dolo o culpa.

Por su parte, las cláusulas limitativas de responsabilidad son aquéllas en virtud de las cuales se pactan montos indemnizatorios muchas veces diminutos o notablemente reducidos, para los casos en los cuales el deudor incumpla sus obligaciones por dolo o culpa.

Habida cuenta de que el Derecho asimila las consecuencias de la culpa inexcusable a las del actuar doloso, lo que se quiere evitar con el primer párrafo del artículo 1328 del Código Civil es un incumplimiento impune para el deudor de la obligación, quien —de ser válidas esas cláusulas exoneratorias o limitativas de responsabilidad— se vería liberado o considerablemente aliviado, a pesar de haber inejecutado la prestación por dolo o culpa inexcusable.

Si fuesen válidas las cláusulas exoneratorias o limitativas de responsabilidad cuando el deudor incumple por dolo o culpa inexcusable, en la práctica le sería indiferente cumplir o incumplir, ya que las consecuencias de su eventual incumplimiento no acarrearían el deber de resarcir los daños y perjuicios causados. Se trataría de lo que podríamos denominar como un «incumplimiento impune».

Si lo quisiéramos ver desde otra perspectiva, hasta se podría decir que el deudor se encontraría en una situación muy similar a aquélla en la que se hallaría de no haber asumido la obligación, ya que con su sola voluntad de no ejecutar la prestación, obtendría una liberación que el Derecho de Obligaciones no podría concederle de manera unilateral y abusiva.

Acierta el primer párrafo del artículo 1328 al extender la nulidad de las cláusulas exoneratorias o limitativas de responsabilidad para los supuestos en que el deudor se valga de terceros para el cumplimiento de sus obligaciones, tema a cuyo tratamiento remitimos al lector.

El segundo párrafo del artículo 1328 del Código Civil, establece la nulidad de las cláusulas exoneratorias o limitativas de responsabilidad para los casos en que el deudor o los terceros de quienes éste se valga para el cumplimiento, violen obligaciones derivadas de normas de orden público.

La solución contenida en el párrafo citado es de plena coherencia, en la medida en que a través de una estipulación contractual no se

podría contravenir normas de orden público, vale decir, preceptos de carácter imperativo.

Mal podría pensarse que las partes tendrían derecho de exonerar o limitar la responsabilidad del deudor en caso de que éste violara preceptos de orden público, ya que si así fuese se estaría permitiendo la derogatoria de la ley por un contrato.

Lo cierto, entonces, es que —tal como lo hemos destacado en más de una oportunidad— el Derecho de Obligaciones y, consecuentemente, el Derecho de Contratos, no dejan en manos del deudor la posibilidad de cumplir o de incumplir con las obligaciones que ha contraído, ya que quiere evitar los efectos perniciosos que ese incumplimiento podría generar y que el acreedor no tendría por qué soportar.

## 12. PRESUNCIÓN DE INCUMPLIMIENTO POR CULPA LEVE

Quien actúa intencionalmente para incumplir su obligación procede con dolo; quien lo hace con negligencia extrema actúa con culpa inexcusable; la falta de la diligencia usualmente requerida determina la existencia de culpa leve; la diligencia ordinaria, aun cuando empleándola se inejecute la obligación, exime de responsabilidad; y, por último, el caso fortuito o fuerza mayor, donde desde luego hay ausencia de culpa, también son exoneratorios de responsabilidad.

De esta forma, como acabamos de señalar, el incumplimiento de una obligación puede obedecer a causas imputables o no imputables al deudor.

En este rubro nos ocuparemos del tema de la carga probatoria de la imputabilidad ante el incumplimiento, regulado en los artículos 1329 y 1330 del Código Civil:

> Artículo 1329.- «*Se presume que la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor*».
>
> Artículo 1330.- «*La prueba del dolo o de la culpa inexcusable corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso*».

Con alguna frecuencia las obligaciones se incumplen por causas imputables a los deudores. Por ello la ley peruana ha adoptado, como se aprecia en el artículo 1329, una presunción de culpa leve en el

incumplimiento. Y es que, como puede observar el lector, la presunción establecida por el artículo 1329 no atribuye una actitud dolosa al deudor incumpliente. En otras palabras, no se presume que el deudor incumplió deliberadamente su obligación. Tampoco se presume que el incumplimiento del deudor obedeció al más severo grado de culpa, vale decir a culpa inexcusable. La presunción del precepto citado parte de considerar que el deudor inejecutó su obligación en el grado más benigno de culpa, es decir por culpa leve.

Así, como adelantáramos, en materia de inejecución de obligaciones lo que se presume es el incumplimiento por culpa leve. Esta presunción es útil.

En la mayoría de ocasiones en que se incumple una obligación, tal incumplimiento obedece a causa imputable al deudor. El Derecho recoge esa realidad y, entonces, presume que el incumplimiento obedeció a causa imputable al deudor. Esta presunción, sin embargo, no es severa, en la medida de que lo que se presume es que el deudor actuó con culpa leve.

Además —y en vista de que, lo reiteramos, no se trata de perjudicar injusta o arbitrariamente al deudor, sino de facilitar el resarcimiento de quien padeció los daños—, esa presunción es *iuris tantum*, es decir permite la prueba en contrario.

El deudor tiene la posibilidad —de contar con los elementos probatorios a su alcance— de demostrar que su incumplimiento no obedeció a un actuar con culpa leve, sino que tal incumplimiento se configuró, a pesar de haber empleado la diligencia ordinaria, por una causa que no le es imputable (caso fortuito o fuerza mayor, por ejemplo).

Pero la circunstancia de que la presunción admita prueba en contrario, no sólo podría beneficiar al deudor, pues en algunos otros casos sería el acreedor quien podría verse beneficiado. Y es que al no tratarse de una presunción absoluta, el acreedor tiene la posibilidad, conforme a lo establecido en el artículo 1330, de demostrar que el deudor no incumplió por culpa leve, sino que su actuar estuvo teñido de dolo o de culpa inexcusable. Si consigue probarlo, lograría extender el ámbito de los daños resarcibles, que ya no se restringirían a los que pudieron preverse al tiempo en que la obligación fue contraída.

Sin perjuicio de lo anterior, debemos advertir que no es tarea sencilla que un deudor se libere de la presunción de culpa leve. En general

y salvo excepciones, no será fácil que el deudor logre demostrar que no pudo pagar por caso fortuito, fuerza mayor, o no obstante haber empleado la diligencia ordinaria que exigían las circunstancias.

Pero nótese que cuando la ley establece la presunción de culpa leve en el artículo 1329 del Código Civil, ella tiene como correlato lo preceptuado por el tercer párrafo del artículo 1321, en el sentido de que si la inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que fue contraída. Esto equivale a decir que el incumplimiento que obedezca a culpa leve no obliga al deudor a indemnizar los daños y perjuicios de carácter imprevisible, sino solamente aquéllos previsibles.

Por eso, el acreedor que ve incumplida la obligación podría no encontrarse conforme con la presunción del artículo 1329 del Código Civil, si no le basta con ser indemnizado por los daños y perjuicios previsibles.

Dentro de tal orden de ideas, el acreedor tendría el interés y el derecho de probar en juicio que el deudor incumplió por dolo o por culpa inexcusable (desvirtuando la presunción del artículo 1329), para que se apliquen las consecuencias establecidas por el numeral 1321, en cuanto a que el deudor que incumple por dolo o culpa inexcusable debe indemnizar la integridad de los daños y perjuicios causados al acreedor (es decir, los previsibles y los imprevisibles).

De allí que el Código Civil establezca en el artículo 1330 que la prueba del dolo o de la culpa inexcusable corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

En síntesis, cabe expresar que el régimen probatorio establecido por el Código Civil, con relación a la imputabilidad de los daños y perjuicios, es, a nuestro juicio, equitativo y adecuado, preservando tanto los derechos del deudor como los del acreedor, y partiendo de los supuestos que resultan más comunes en la práctica.

## 13. PRUEBA DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS

En los artículos 1331 y 1332 del Código Civil se dispone la manera en que opera la prueba de los daños y perjuicios en materia de inejecución de obligaciones:

*Artículo 1331.- «La prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso».*

*Artículo 1332.- «Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa».*

### 13.1. Regla general

Como bien sabemos, en el Derecho Procesal rige el principio según el cual «quien alega un hecho, debe probarlo». Al aplicar dicho principio a la responsabilidad civil contractual, que es, en definitiva, la que regula nuestro Código Civil bajo el título de Inejecución de Obligaciones, quien sostiene que ha sufrido daños y perjuicios como consecuencia del incumplimiento, tiene la carga de probar la existencia de esos daños y perjuicios.

En este punto debemos precisar que la norma mencionada no se refiere a la existencia del incumplimiento en sí, como tampoco a quién resulta imputable dicho incumplimiento, ya que estos son temas propios de los artículos 1229, 1329 y 1330 del Código Civil.

Lo que preceptúa el artículo 1331 es que para que el acreedor tenga derecho a una indemnización no basta el incumplimiento del deudor, sino es necesario que ese incumplimiento le haya provocado daños y perjuicios que no sólo tiene que alegar, sino además probar.

Esta norma resulta importante en la medida en que muchas veces se suele identificar y establecer una correspondencia, que no siempre está presente, entre el incumplimiento de una obligación y la existencia de daños y perjuicios.

Si bien es cierto que en muchos casos el incumplimiento de las obligaciones acarreará daños y perjuicios en detrimento del acreedor de la prestación, ello no siempre será así, en la medida en que habría ocasiones en que el incumplimiento de la obligación no cause perjuicio alguno al acreedor o incluso pueda acarrearle beneficios.

Por ejemplo, imaginemos a una persona que da una orden de compra a una sociedad Agente de Bolsa para que adquiera en la rueda de Bolsa de un día viernes, una cantidad de acciones muy apreciable de una determinada empresa financiera.

El empleado de la sociedad Agente de Bolsa que debía encargarse de realizar la operación, decide no trabajar ese viernes, y prefiere —de manera deliberada— irse a tomar el sol a su casa de playa. A las dos de la tarde del día viernes en cuya mañana debió realizarse la operación de compra de esas acciones (por un monto aproximado de 1'000,000 de nuevos soles ), la citada entidad financiera es intervenida y declarada en proceso de liquidación por la Superintendencia de Banca y Seguros.

Resulta evidente que en este caso el cliente de la sociedad Agente de Bolsa ha sufrido el incumplimiento de la obligación que dicha sociedad contrajo con él. También es claro que el incumplimiento de esa obligación obedeció a dolo del deudor, pues se trató de un incumplimiento deliberado, en los términos del artículo 1318 del Código Civil.

Pero aquí es obvio que el cliente no sólo no se ha perjudicado por el incumplimiento de la obligación, sino, muy por el contrario, se ha visto altamente beneficiado por tal incumplimiento, ya que él le ha evitado perder la fortuna que iba a invertir en comprar el paquete accionario de la entidad financiera, que luego de su intervención y liquidación por la Superintendencia de Banca y Seguros nada valdría.

Pero más allá del ejemplo citado, y volviendo a lo preceptuado por el artículo 1331 del Código Civil, es claro que la prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía corresponde a quien se sienta perjudicado, y que tales daños y perjuicios no aparecen siempre, lo que ha quedado demostrado en el caso expuesto.

### 13.2. Supuesto en el cual el daño no se probara en su monto preciso

Pero más allá del ejemplo citado, y volviendo a lo preceptuado por el artículo 1331 del Código Civil, es claro que la prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía corresponde a quien se sienta perjudicado, y que tales daños y perjuicios no aparecen siempre, lo que ha quedado demostrado en el caso expuesto.

Lamentablemente, tal cual comentamos hace un instante, no siempre es sencillo demostrar la existencia de los daños y perjuicios o su cuantía.

Existen, claro está, casos en los que resulta fácil determinar esa cuantía.

Si un deudor incumple con su obligación de entregar una casa a su acreedor y, por ende, éste no puede vivir en ella conforme a lo que había planificado, es evidente que si ese acreedor se vio forzado a vivir un mes en un hotel con su familia, la factura del hotel le servirá para demostrar la cuantía de los daños que padeció por el incumplimiento.

En otros casos —que en realidad representan la mayoría de los que se discuten a nivel judicial y arbitral— el panorama probatorio es más oscuro. En tales supuestos, aunque pueda llegarse a una aproximación de la cuantía de los daños y perjuicios, en ocasiones no es posible determinar el monto exacto.

Por esa razón, el legislador de 1984 tuvo la feliz idea de incorporar una de las mejores normas con las que cuenta nuestro Código Civil, y que se encuentra plasmada en el artículo 1332. Allí se establece que cuando el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa.

La justicia de la norma salta a la vista, en la medida en que el Código Civil está protegiendo al acreedor perjudicado y que merece ser indemnizado; acreedor que se vería privado de indemnización en caso de que no llegase a demostrar la cuantía precisa de los daños y perjuicios sufridos.

De no existir la valoración equitativa establecida en el artículo 1332, en numerosos casos los jueces tendrían que declarar infundada la demanda respecto de la indemnización de daños y perjuicios. Ello, porque la norma está pensada para resolver situaciones en las que la existencia del daño ha sido probada y, en consecuencia, el juez está convencido de que el acreedor tiene derecho a ser indemnizado, pero no queda claro a cuanto ascienden esos daños y, por lo mismo, cuál debería ser el monto de la indemnización.

En ese orden de ideas, probado el daño pero no su cuantía, el juez hace una valoración equitativa y asigna el *quantum* indemnizatorio.

Es decir, si se presentan todos los elementos de la responsabilidad, nexo causal incluido, la consecuencia no puede ser otra que una sentencia que declare fundada la pretensión indemnizatoria, pero esa sentencia tendrá ineludiblemente que recoger un *quantum* indemnizatorio; esto es que el juez o el árbitro no puede limitarse, como resulta evidente, a

amparar una pretensión sin que ello conlleve ineludiblemente el acoger el monto indemnizatorio.

Es así que obligado a declarar fundada esa pretensión, el juez o el árbitro también se encontrará obligado a establecer cuánto es lo que hay que indemnizar, lo que lo obliga a tener que establecer una cifra, independientemente de si la víctima llegó o no a probar un monto preciso en esa materia.

Entonces, si ese resarcimiento no pudo ser probado en su monto preciso, lo que hubiese sido ideal objetivamente hablando, no cabría otra respuesta que ingresar a un terreno subjetivo, el mismo que en esta materia es el último recurso que el Derecho otorga a los jueces y árbitros para aplicar justicia en materia indemnizatoria.

Ahora bien, la siguiente pregunta que corresponde formular es cuán subjetiva resulta la facultad que otorga el artículo 1332 a los encargados de administrar justicia. La pregunta, en otras palabras, es si los magistrados y árbitros pueden aplicar el artículo 1332 a su leal saber y entender, o si existen otros parámetros de carácter objetivo. En este caso, ¿cuáles serían los parámetros que guiarían la valorización equitativa establecida en el artículo 1332? ¿Bajo qué criterios el juez podría medir y valorar esos daños y perjuicios?

Aquí no podríamos aplicar criterios objetivos, por una razón muy sencilla; si el juez está admitiendo que hubo daño, pero está aceptando, al hacer aplicable el artículo 1332, que no se probó su cuantía, está admitiendo que, en definitiva, no hay criterios objetivos.

Si existieran criterios objetivos, el juez tendría que asignar un monto preciso en base a los medios probatorios aportados por las partes en el proceso. De esto se sigue que la única manera de establecer el monto indemnizatorio es mediante una apreciación subjetiva, que, sin embargo, no debe confundirse con la arbitrariedad.

Entonces, en muchas ocasiones el artículo 1332 constituye la última tabla de salvación de la justicia en materia indemnizatoria.

Es labor de los tribunales el hacer que las indemnizaciones sean justas y que respondan al verdadero resarcimiento del daño causado y a estrictos criterios de equidad.

Lo anterior no significa que los jueces y árbitros pueden hacer una aplicación absolutamente libre del artículo 1332, por el simple hecho de

que ellos no están juzgando en abstracto, no están juzgando teóricamente una situación; ellos juzgan en concreto un caso, enmarcado dentro de un proceso y en un proceso sustentado con medios probatorios.

De ahí que si bien es cierto que la aplicación del artículo 1332 implica necesariamente recurrir a criterios de orden subjetivo en el juez o árbitro, esos criterios subjetivos tendrán que ser aplicados dentro de lo que significa el conjunto de medios probatorios aportados por las partes en el proceso.

En principio es imposible ir más allá de este punto, en la medida de que para la aplicación de una norma tan rica y tan amplia en su ámbito de referencia como el artículo 1332, resulta evidente que, a diferencia de lo que pudiera pensarse en materia indemnizatoria, con respecto a otras áreas del Derecho, no cabe imaginar, por ejemplo, el establecimiento previo de tablas indemnizatorias o criterios preestablecidos para que los magistrados apliquen el artículo 1332.

Eso implica, naturalmente, que el artículo 1332 pone en un lugar de preferencia al juez o árbitro, porque sabe que en última instancia es él la única persona que, de acuerdo a su criterio indemnizatorio, deberá resolver en relación al monto pretendido en el proceso cuya resolución tendrá a su cargo.

Entonces, para cerrar el círculo, podríamos preguntarnos si los jueces tienen la posibilidad de aplicar el artículo 1332 con un criterio subjetivo.

La respuesta afirmativa se impone, pero ese criterio subjetivo de valoración de los daños, debe ir acompañado necesariamente con una resolución equitativa, entendiendo por tal a aquélla que, de acuerdo a los conocimientos y a la conciencia del magistrado, se acerque lo más fidedignamente posible a reflejar ese monto indemnizatorio cuya cuantía exacta la víctima no pudo probar en juicio, pero que constituye deber del juzgador ordenar resarcir.

Es evidente, pues, como hemos señalado, que el artículo 1332 del Código Civil representa en materia indemnizatoria la última tabla de salvación de la justicia.

En todo caso, para valorar el monto al que asciende la indemnización, la equidad viene en auxilio del juez o tribunal arbitral encargado de aplicar la norma general, permitiéndole suavizar esa dureza y librándolo de perplejidades.

### 13.3. Valoración y prueba para la reparación del daño moral

Conviene referirnos en esta parte a otra cuestión a la que se enfrentan la doctrina y las legislaciones, en torno al tema del daño moral, y es la concerniente a la medida y valoración práctica de tal daño.

La discusión se centra en dos aspectos fundamentales: su convertibilidad en dinero, a fines de su reparación, y si al determinarse la cuantía de tal reparación estaremos ante un resarcimiento real o simbólico, para lo cual deben fijarse ciertos criterios.

Afirma Mosset Iturraspe que de nada vale sostener que debe resarcirse a la víctima por daño moral, para luego, al momento de determinar el monto de la indemnización, hacerlo con una suma puramente simbólica, que nada compensa; o bien, hacerlo arbitraria o caprichosamente.

Si bien la doctrina admite distintos criterios para determinar la cuantía de la reparación del daño moral, los mismos que varían entre las legislaciones, los autores coinciden, sin embargo, en que dicha reparación debe guardar relación adecuada, en punto a su valor o importe, con la intensidad del «dolor» padecido.

Por lo demás, conviene abordar los principales criterios que adoptan los autores, a fin de evaluar el daño y fijar la cuantía del resarcimiento. Dichos principales criterios son los que se mencionan seguidamente.

#### *13.3.1. Determinación de la cuantía en atención al daño patrimonial*

Según la doctrina consultada, este criterio valorativo parte de justificar una cierta simetría entre el daño patrimonial y el daño moral en orden a su reparación.

Si bien este discernimiento tuvo varios voceros en Italia, España, Francia y Argentina, ya ha sido rechazado por la doctrina.

Se dice que dicha objeción a la proporcionalidad entre el daño patrimonial y el daño moral, parte de considerar la autonomía de éste y, además, conforme lo indicamos, no todo daño moral es necesariamente consecuencia de un perjuicio patrimonial.

Es así que se considera que partir de esa «vinculación» no resulta razonable, ya que algunas veces los daños materiales pueden resultar exorbitantes y efectivamente no guardar relación alguna con el daño

moral producido; o, en cambio, pueden presentarse situaciones en las que el daño moral sea el principal o el único originado.

En razón a esa independencia o autonomía del daño moral, éste no tiene por qué tener necesaria vinculación con el daño material (en lo que respecta a su cuantía), pues no son complementarios ni accesorios.

De ahí que la jurisprudencia extranjera haya resuelto en el sentido de que el daño moral tiene condición autónoma y vigencia propia que se asienta en aspectos presentes y futuros, propios del dolor, la herida a los sentimientos, los padecimientos de toda índole que el mal acarrea, las afecciones destruidas, etc.

El daño moral, se agrega, tiene configuración independiente de los detrimentos patrimoniales y de subsistencia y no requiere la prueba de los efectos producidos por el ataque, pues surgen del hecho mismo, *re ipsa loquitur*.

### *13.3.2. Determinación de la cuantía con base en la gravedad de la falta*

Esta calificación parte, a decir de los autores, de la consideración de que dentro de las circunstancias del caso, necesarias para un juicio equitativo, seguramente se encuentra la culpa del causante.

Conforme recalca Mosset Iturraspe, la gravedad de la falta (que, por ejemplo, en materia de lesiones no significa la gravedad de la lesión causada, sino del hecho productor, por ser un hecho querido o sólo producto del descuido o del abandono), debe tenerse en cuenta siempre.

Pero de ninguna manera, se dice, dicho carácter puede constituir la razón de ser de la aceptación o el rechazo de la pretensión indemnizatoria, ni por ende el factor determinante de la cuantía.

La doctrina estima que la cuantía, pues, debe medirse prestando atención a la intensidad del daño moral causado y no con exclusiva importancia al grado de culpabilidad y reprochabilidad del obrar del agente; ya que, según hemos visto, la indemnización del daño moral tiene por naturaleza no sólo el ser «punitorio», sino también un propósito de «resarcimiento o compensación» para la víctima.

### *13.3.3. Criterio subjetivo para determinar la cuantía del daño moral*

Se señala que la aceptación del daño moral y de su reparación, tiene mucho que ver con la «conciencia social media» de un pueblo.

En ese sentido, se indica que el daño moral se infiere de situaciones determinadas que, para el hombre medio —en una comunidad y en un tiempo—, son productoras o causantes de sufrimiento.

Las «circunstancias personales» a las que se refieren algunas sentencias, y de las que habla la doctrina, son muy variadas. Así, los autores se refieren a las circunstancias económicas (como las relativas al estado económico o patrimonial), familiares (estado civil, número de hijos, edad, ocupación, etc.) y también espirituales, que dicen de la sensibilidad de cada persona, de la influencia de los hechos exteriores sobre sus estados de ánimo, de su carácter receptivo o no, etc.

Asimismo, se suele distinguir dentro de las circunstancias personales de la víctima, ciertos aspectos que —según se dice— tienen una mayor exterioridad, tales como: la entidad de las lesiones causantes de los padecimientos físicos, su duración y las secuelas, a las que se ha denominado «objetivos», para distinguirlos de otros de carácter «subjetivo» (la modificación *disvaliosa* del espíritu) que, normalmente, guardan relación con las incidencias objetivas.

Del mismo modo, se dice que la evaluación del daño debe llevarse a cabo en concreto, teniendo en cuenta la mayor o menor sensibilidad de la víctima, adecuándose a datos reales e individuales que el juzgador debe tratar de aprehender, rechazando lo genérico o ficticio.

Sin embargo, anotan los autores que si bien con dicha valoración y con la consiguiente indemnización no pretende buscarse un enriquecimiento desproporcionado, entonces tampoco debe resultar indiferente la «ruina» del agente —que será innegablemente la ruina de su familia, en la mayoría de los casos—.

### *13.3.4. El criterio de los «placeres compensatorios»*

Cuando la doctrina se refiere a los «placeres compensatorios», pretende explicar que si se reclama indemnización por daño moral, de lo que se trata no es de hacer ingresar en el patrimonio de la víctima una cantidad equivalente al valor del dolor sufrido, porque se estaría en la imposibilidad de poner una tarifa a los quebrantos morales, sino de procurar al lesionado otros goces que sustituyan al perdido.

En otras palabras, la suma que se obtiene por indemnización, debe ser adecuada para lograr nuevamente los «goces perdidos». Ello

significa que dicho resarcimiento debe cubrir suficientemente las necesidades primarias o sentidas como urgentes y no que apunte a otorgar placeres superfluos o suntuarios.

### *13.3.5. El criterio de la prudencia judicial*

Creemos, al igual que un sector dominante de la doctrina, que la determinación del resarcimiento por daño moral no tiene que partir de la libertad del juez, ya sea aludiendo al «libre arbitrio» o a la «facultad soberana», pues dicha calificación no resultaría sensata.

Si lo que debe presidir a la responsabilidad —tanto en la esfera contractual como en la extracontractual— es la equidad y la apreciación soberana del juez —en virtud de la norma que sanciona que éste podrá o no establecer la condena a reparar—, ello no significa arbitrariedad ni discrecionalidad.

Así, se reitera en doctrina que la decisión judicial en la determinación de la indemnización, debe estar fundada en las circunstancias personales de la víctima y victimario; en las circunstancias del caso y en la índole del hecho generador de las consecuencias dañosas.

### *13.3.6. Nuestra opinión*

Sin duda alguna, los criterios expuestos por la doctrina para la valuación del daño moral, resultan atractivos y meritorios para la consideración no sólo de los juzgadores, sino también de todo hombre de Derecho. Conviene, sin embargo, manifestar nuestras reservas en torno a aquel criterio valorativo que parte de considerar la procedencia y la consiguiente cuantía del daño moral, en atención al daño patrimonial, pues conforme lo expresamos, ambas son instituciones autónomas y el resarcimiento del daño moral resulta viable, independientemente de si se muestran juntos o no.

Por lo demás, la reparación en sí no debe hacerse en abstracto, sino concretamente, tomando en cuenta, en cada caso en particular, la gravedad del hecho antijurídico cometido, los factores subjetivos (u objetivos, según la legislación) de atribución de responsabilidad y la situación patrimonial del agente.

Se advierte que todo ello demarca los alcances de la relación conmutativa y sinalagmática entre el ofensor y la víctima.

Existen varias tendencias en torno a la necesidad de probar el daño moral y aquellas otras que sostienen que no es necesaria dicha probanza, por entender que se desprende de los hechos.

Por ejemplo, se afirma que si la prueba se refiere a la existencia del daño moral, aquélla sí es exigida. Por el contrario, si se refiere a la cuantía, se estima innecesario demostrarla, por quedar ello a la apreciación del juez.

Igualmente, se distingue dicha probanza según se trate de un daño moral extracontractual —donde la inferencia se considera más razonable o admisible— o de uno contractual, lo cual requiere demostración.

Esta última distinción resulta ser la más abordada no sólo por la doctrina, sino también por cuantiosa jurisprudencia.

Dentro de ese contexto, las deducciones a partir de los hechos *(res ipsa loquitur)*, o la inferencia como regla de la experiencia, atendiendo a lo que es normal y ordinario que suceda, son los caracteres que apunta la doctrina como fundamentales para la probanza del daño moral en el ámbito extracontractual.

Se alude, igualmente, a una probanza *in re ipsa* del consiguiente daño moral en materia de hechos ilícitos, correspondiendo en todo caso al responsable la demostración de la existencia de alguna situación objetiva que permita excluir, en el caso concreto, ese tipo de daño.

El fundamento que se expone en torno a fundar la probanza del daño moral en materia extracontractual en una presunción *(res ipsa loquitur)* es el siguiente: no todos los hechos ilícitos dañan a la persona causándole un perjuicio en su cuerpo, psiquis, salud o integridad física, etc.; también lo pueden hacer en su honor, libertad de movimiento, etc. y tales ataques o agresiones es que se deducen en un sufrimiento moral. No se deduce, por vía de ejemplo, cuando lo dañado son bienes materiales, cosas muebles o inmuebles, o las relaciones jurídicas reales, creditorias o intelectuales.

De los hechos mencionados se explica que primero debe deducirse, por la experiencia, el agravio moral. Con los segundos, daños a las cosas o a los bienes, no ocurre lo mismo; habrá que probar el menoscabo moral.

En lo que respecta a la prueba del daño moral contractual, el tratamiento es diferente. Coincide la doctrina en señalar que aquí el daño moral no se presume, puesto que no hay sustento suficiente para ello.

En ese sentido, se sostiene que para la apreciación del daño moral de origen contractual, se debe proceder con rigor estricto; y está a cargo de quien lo reclama aportar la prueba concreta de la existencia de una lesión de sentimientos, de afecciones o de intranquilidad anímica, que no pueden ni deben confundirse con las inquietudes propias y corrientes del mundo de los negocios.

En consideración a las apreciaciones doctrinarias expuestas, podemos inferir, como fundamento general, que puede afirmarse que el daño moral debe ser probado, no sólo en cuanto a su existencia, pues conforme lo expresamos, la determinación del daño a indemnizarse y la fijación del *quantum* debe ser proporcional a la entidad del agravio.

Claro está, y en eso compartimos el criterio de la doctrina mayoritaria, la probanza descansa sobre la víctima, pues (por lo general) es el actor de la acción de responsabilidad.

Creemos, finalmente, que dicha probanza puede llevarse a cabo con base en presunciones o indicios, ya que nada impide presumir, porque ello concuerda con las reglas de la experiencia.

# Capítulo Segundo
# MORA

## 1. CONSIDERACIONES GENERALES

Al haber concluido con el análisis de la teoría general de inejecución de las obligaciones, el lector podrá apreciar que en el estudio de esta materia hemos abordado el incumplimiento desde la perspectiva de la responsabilidad por inejecución de obligaciones contractuales —que es lo que en estricto corresponde a nuestra obra, dedicada al Libro VI del Código Civil, referido al Derecho de Obligaciones—.

Finalizada esa parte de nuestro trabajo, corresponde ahora tratar el tema de la mora.

La mora es una institución jurídica cuya definición ha sido abordada por diferentes autores desde una perspectiva parcial. Algunos de ellos han resaltado profundamente su elemento objetivo, es decir, el retardo o retraso.

En este sentido, la mora es concebida desde su acepción etimológica (deriva del latín *mora* o *morae*) como un retraso, tardanza o demora en la ejecución de la prestación. En tal virtud, existe una fuerte vinculación con el factor tiempo.

Por sus diferentes consecuencias y efectos jurídicos, es posible distinguir entre la mora del deudor *(solvendi, debitoris* o *debendi)* y la mora del acreedor *(accipiendi, creditoris* o *credendi)*. De esta manera, la inejecución de la obligación —dependiendo del tipo de mora de que se trate— puede ser motivada por el deudor o por el acreedor.

Los artículos 1333, 1334, 1335, 1336 y 1337 del Código Civil, se ocupan de la mora del deudor. Por su parte, los artículos 1338, 1339 y 1340 tratan acerca de la mora del acreedor.

La mora, figura íntimamente vinculada al incumplimiento de las obligaciones, tiene una regulación integral y orgánica en el Código Civil Peruano de 1984, y ella constituye una parte sustancial de la teoría general del incumplimiento, aunque por razones de orden y sistemática vamos a analizarla de manera independiente, siguiendo el ordenamiento temático del Código Civil en el que se basa nuestra obra.

Dentro de tal orden de ideas, resulta difícil empezar a ocuparnos del tema de la mora sin describir un panorama previo en el que ella pueda tener su lugar natural, porque si bien existe directa ligazón entre la mora y el incumplimiento de las obligaciones, esa relación no se da necesariamente en todos los temas de inejecución de obligaciones.

En tal sentido, e independientemente del análisis puntual que efectuaremos con posterioridad, resulta imprescindible delimitar el ámbito donde se desarrolla el fenómeno moratorio.

La obligación tiene una evolución temporal susceptible de ser comparada con la vida del ser humano.

Las obligaciones nacen ya sea por efecto de la voluntad humana, en donde el fenómeno contractual ocupa lugar preponderante, o en virtud de la normatividad legal, fuente generadora de innumerables obligaciones de la más variada naturaleza. Pero las obligaciones nacen para cumplirse, razón por la cual la mecánica de existencia de una obligación y del Derecho positivo que la sustenta se dirigen a obtener aquella finalidad natural, cual es el cumplimiento o pago en la relación obligacional.

Como sabemos, las obligaciones tienen efímera vocación de existencia, ya que, por lo general, el deudor no se obliga a pagar en tiempo impreciso y lejano, sino en tiempo determinado y cercano.

De este modo, cuando el deudor cumple con aquello que debe, paga; y el pago, como medio idóneo de extinción de las obligaciones, pone fin a la existencia de una relación jurídica.

Sin embargo, no todas las obligaciones se cumplen. Aquí, en este punto, es donde puede tener lugar el fenómeno moratorio.

Como ha sido expresado oportunamente, el incumplimiento es una conducta contraria a Derecho, y, como tal, susceptible de generar determinadas consecuencias, entre las cuales se encuentran algunas de orden indemnizatorio que ya han sido estudiadas.

Este incumplimiento puede derivarse tanto de la inejecución de una obligación contractual, caso en el cual sería de aplicación lo previsto por los artículos 1314 y siguientes del Código Civil, como de la responsabilidad civil extracontractual, emergente de los artículos 1969 y siguientes del mismo cuerpo legal.

Sin duda, la normatividad en ambos casos es diferente. Sin embargo, se trata de dos aspectos relativos al incumplimiento de las obligaciones, lo que se traduce al expresar que, si bien difieren en muchos aspectos, existen determinados supuestos comunes a ambos tipos de responsabilidad dentro de los cuales se encuentra el fenómeno moratorio.

Nunca habrá mora sin la preexistencia de una obligación, independientemente de la fuente que le haya dado nacimiento. De esta forma, puede afirmarse que el primer presupuesto material u objetivo de responsabilidad civil es precisamente el incumplimiento de una obligación ya existente. Por eso, dentro de la vida de la obligación no podría hablarse de mora antes de que exista incumplimiento.

Por ejemplo, si se trata de una obligación que se hubiera contraído sin plazo para su cumplimiento, sería de aplicación lo dispuesto por el artículo 1240 del Código Civil, en virtud del cual el acreedor podría exigir el pago inmediatamente después de concertada la obligación.

Esto significa que, en la medida en que resulte posible la aplicación estricta del artículo 1240, el incumplimiento se presentará si el deudor no cumple de inmediato con pagar. Por tanto, ahí podría tener lugar el fenómeno moratorio.

Sin embargo, como sabemos, lo previsto por el artículo 1240 no siempre podrá ser aplicado automáticamente, ya que existen supuestos en que el cumplimiento de las obligaciones sin plazo no podría ser exigido de inmediato, teniendo en consideración su naturaleza y las circunstancias del caso. Aquí no podría el acreedor exigir el cumplimiento de la obligación sin haber procedido a adicionar un plazo razonable para que el deudor pueda dar cumplimiento a la misma.

Y resulta evidente que en las obligaciones sujetas a plazo suspensivo, el deudor no se encuentra en el deber de pagar antes del vencimiento del plazo, así como tampoco el acreedor se encuentra en la posibilidad legal de exigir el pago antes del acaecimiento de dicho plazo.

Por tanto, en todos los supuestos mencionados, mientras no haya incumplimiento no será susceptible la existencia de la mora.

Sin embargo, cabe precisar que en aquellas obligaciones de índole modal, sujetas a plazos resolutorios, resulta claro que sí podrá haber mora antes del vencimiento del plazo, en la medida en que dichas obligaciones deben ser ejecutadas durante la vigencia del mismo y, por tanto, su eventual incumplimiento se producirá necesariamente antes de vencido el plazo.

No resulta fácil definir el incumplimiento en sentido positivo. Es más sencillo hacerlo en sentido negativo, por oposición al cumplimiento.

Así, podemos afirmar que se incumple una obligación cuando ésta no se ejecuta de acuerdo con los fundamentos que inspiran el pago, vale decir, conforme a los principios de identidad (el mismo que responde a la pregunta de qué se debe pagar), integridad (cuánto se debe pagar), oportunidad (cuándo se debe pagar) y lugar de pago (dónde se debe pagar).

De esta forma, si estuviéramos en presencia de una obligación ejecutada conforme a los principios mencionados, se habría producido el pago propiamente dicho, quedando extinguida la obligación.

Podrían presentarse determinadas variaciones en torno a este tema.

En el supuesto extremo de incumplimiento total o ausencia de pago, estaríamos frente a un no pago o incumplimiento absoluto de la obligación. Pero, como dijimos al analizar las obligaciones de hacer, ese incumplimiento absoluto podría sufrir determinadas alteraciones, en la medida en que el deudor ejecutase su obligación de modo anticipado o tardío (en lugar de hacerlo en tiempo oportuno), de modo parcial o excesivo (en lugar de hacerlo de modo íntegro) o de modo defectuoso (en lugar de proceder a efectuar un cumplimiento idóneo de la obligación).

Si bien en todos estos casos se habría producido —en cierta forma— un cumplimiento de la obligación, al no tratarse de un cumpli-

miento exacto, también estaremos hablando de determinadas formas de incumplimiento de la propia obligación. Y ante la presencia del incumplimiento podría darse, naturalmente con las salvedades que serán materia de estudio, la presencia del fenómeno moratorio.

En adición a lo expuesto, cabe expresar que la doctrina es muy clara al admitir que el ámbito de la mora se extiende prácticamente a todo el universo de las obligaciones.

Así, podríamos hablar de mora en las obligaciones de dar y en las obligaciones de hacer.

Tradicionalmente la legislación y doctrina han sido reacias a aceptar la presencia de la mora en las obligaciones de no hacer. La doctrina tradicional la niega, en posición compartida por muchos Códigos Civiles, dentro de los cuales —aunque no explícitamente— se encuentra el Código Civil Peruano, lo que se desprende del análisis de las obligaciones de no hacer.

Sin embargo, en las últimas décadas se han dejado escuchar diversas posiciones favorables a admitir la existencia de la mora en las obligaciones de no hacer.

Con independencia de su naturaleza, la mora también es aplicable a las obligaciones de objeto plural, ya sean éstas de carácter conjuntivo, alternativo o facultativo.

El Código Civil Peruano de 1984 no ha ingresado a legislar puntualmente el fenómeno moratorio en las obligaciones atendiendo a su naturaleza o a la pluralidad de objetos.

Pero sí lo ha hecho al abordar las obligaciones de sujeto plural, en el artículo 1194, precepto que establece que «*La constitución en mora de uno de los deudores o acreedores solidarios no surte efecto respecto a los demás. — La constitución en mora del deudor por uno de los acreedores solidarios, o del acreedor por uno de los deudores solidarios, favorece a los otros*».

Esta norma se aplica a las obligaciones indivisibles y mancomunadas, de acuerdo con lo dispuesto por el primer párrafo del artículo 1181 del Código Civil, así como a las obligaciones divisibles y solidarias y a las obligaciones indivisibles y solidarias, en este último caso de conformidad con lo establecido por el segundo párrafo del artículo 1181.

## 2. EL RÉGIMEN LEGAL DE LA MORA EN EL PERÚ

El Derecho Peruano mantiene una doble regulación en torno al tema de la mora, ya que la misma se halla legislada en el Código de Comercio, promulgado el 15 de febrero de 1902, y en el Código Civil, vigente desde el 14 de noviembre de 1984.

No obstante que el sistema de constitución en mora previsto por el Código Civil difiere de la regla general del Código de Comercio, ello no constituye novedad, en la medida en que el Código de 1984 no ha hecho sino recoger los antecedentes uniformes de los Códigos Civiles de 1836, 1852 y 1936.

El Código de Comercio, como su nombre lo indica, no tiene aplicación a todas las relaciones jurídicas que se generan en una sociedad. Los dos primeros artículos de dicho Código son muy claros al respecto, cuando establecen lo siguiente:

> *Artículo 1.- «Son comerciantes, para los efectos de este Código:*
>
> *Los que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente.*
>
> *Las compañías mercantiles o industriales que se constituyeren con arreglo a este Código».*
>
> *Artículo 2.- «Los actos de comercio, sean o no comerciantes los que los ejecuten, y estén o no especificados en este Código, se regirán por las disposiciones contenidas en él; en su defecto, por los usos del comercio observados generalmente en cada plaza; y a falta de ambas reglas por las del derecho común.*
>
> *Serán reputados actos de comercio, los comprendidos en este Código y cualesquiera otro de naturaleza análoga».*

Los preceptos citados del Código de Comercio se encuentran vigentes, ya que no han sufrido modificatoria ni derogatoria alguna a lo largo de más de un siglo desde que se promulgaron.

Sin embargo, hoy en día no resulta muy clara la delimitación de los actos de comercio, en contraste con aquellos otros que resultan propios del Derecho Común o Derecho Civil.

Ello, debido a que la actividad mercantil no se circunscribe en los tiempos modernos a un reducido o determinado sector de personas o

comerciantes, sino que se extiende a la sociedad en su conjunto y a un gran número de sus actores.

Con relación a la oportunidad de cumplimiento de las obligaciones mercantiles, el Código de Comercio establece lo siguiente:

> *Artículo 62.- «Las obligaciones que no tuvieren términos prefijados por las partes o por las disposiciones de este código, serán exigibles a los diez días después de contraídas, si sólo produjeren acción ordinaria, y al día inmediato si llevaren aparejada ejecución».*

En torno de la constitución en mora, el tema se encuentra legislado por el artículo 63 del referido Código, norma del texto siguiente:

> *Artículo 63.- «Los efectos de la morosidad en el cumplimiento de las obligaciones mercantiles, comenzarán:*
>
> *1.- En los contratos que tuvieren día señalado para su cumplimiento, por voluntad de las partes o por la ley, al día siguiente de su vencimiento.*
>
> *2.- En los que no lo tengan, desde el día en que el acreedor citare judicialmente al deudor o le intimare la protesta de daños y perjuicios contra él ante un juez o notario público».*

Entonces, queda claro de la lectura de las normas citadas, que el Código de Comercio optó en 1902 por establecer como regla la mora automática para aquellos contratos en los que se hubiere establecido fecha para el cumplimiento de la obligación (vale decir, para aquellas obligaciones que escapan a los alcances del artículo 62).

En cambio, para las obligaciones que no tuvieren términos de pago establecidos por las partes o por la ley (supuesto del artículo 62), rige el sistema de la mora por intimación, tal como lo establece el inciso 2 del artículo 63 del Código de Comercio.

Por otro lado, en materia civil el sistema de constitución en mora imperante es el inverso, ya que se establece, como regla general, la mora por intimación y, como supuestos excepcionales, los de la mora automática.

De lo expuesto queda en evidencia que existen dos regímenes legales respecto de la mora. No es el caso ocuparnos de su estudio, pero, para cerrar por ahora la discusión acerca de la pertinencia de aplicar el régimen civil o mercantil, adelantamos nuestra opinión en el sentido de

que el régimen civil debe ser tomado como regla, considerando a la mora mercantil como un supuesto más de la excepcional mora automática.

## 3. ELEMENTOS DE LA MORA

Corresponde ahora referirnos a los elementos que deben presentarse para que se configure la mora. Tales elementos son:

### 3.1. El retraso

Resulta necesario hacer hincapié en que el retraso en el cumplimiento constituye elemento indispensable para la existencia de la mora. Es evidente que no podría haber mora sin retraso o demora en el cumplimiento. Antes de que se produzca el retraso o la demora sería imposible que se presentara el fenómeno moratorio.

De acuerdo con lo expresado, y al adoptar el Derecho Civil Peruano como regla general aquella de la mora por intimación, resulta evidente que no toda demora o retraso determinará la mora, ya que podría no haber habido intimación.

Pero, dentro del esquema peruano, cuando hay mora siempre habrá demora, ya que —sea por intimación o por tratarse de mora automática— necesariamente debe haber retraso en el cumplimiento.

En adición a lo señalado, cabe indicar que si el deudor cumpliera ulteriormente con pagar aquello que debe, luego de haber sido constituido en mora, dicho pago pondría fin al fenómeno moratorio (en tanto no seguirá habiendo mora si ya se ha pagado), pero la desaparición de la mora no suprimirá el hecho de que se haya pagado tardíamente.

### 3.2. La existencia de una obligación exigible

Dentro del concepto de mora que hemos adoptado, se hace referencia a que la situación moratoria implica la existencia de una obligación exigible. Sobre el particular ya nos hemos pronunciado, motivo por el cual remitimos al lector a los comentarios efectuados.

### 3.3. Que el incumplimiento se deba a causa imputable

Luego, hemos hecho referencia a la necesidad de que la obligación se encuentre en situación de incumplimiento, debido a una causa imputable.

Esta característica es indispensable para que se configure la mora.

Si en lo que respecta a la responsabilidad objetiva se cuestiona la vigencia de la vieja frase del Derecho Francés «no hay responsabilidad sin culpa» (*pas de responsabilité sans faute*), no se podría aplicar este cuestionamiento a la situación de mora.

Ello obedece a que el retraso —para poder ser moratorio— debe ser necesariamente culposo o doloso, lo que significa que tiene que haber culpa o dolo en el sujeto que queda constituido en mora, ya sea deudor o acreedor, salvo los casos excepcionales de la mora objetiva.

En caso de que se trate de la mora debitoria, supuesto más frecuente en la práctica, mal podría imaginarse que el deudor fuese constituido en mora si su incumplimiento obedeciera a un caso fortuito o de fuerza mayor, o si incumpliese no obstante haber empleado la diligencia ordinaria requerida por las circunstancias (argumento de los artículos 1314 y 1315 del Código Civil Peruano de 1984).

No sería lógico que al deudor se le exija cumplir, si precisamente no puede dar cumplimiento a la obligación debido a una causa que no le resulta imputable, y cuya remoción tampoco le es posible. De allí que sólo será factible que se produzca la mora cuando el deudor pueda, ya sea venciendo su poca diligencia, su negligencia o su mala voluntad, remover el impedimento que lo llevó a que no ejecutara la prestación debida.

### 3.4. Que el deudor no satisfaga la expectativa del acreedor

La siguiente característica es que el deudor no satisfaga la expectativa del acreedor.

Con ello simplemente se hace alusión a que el cumplimiento no se produzca en la fecha prevista, de conformidad con lo oportunamente explicado.

### 3.5. Que el acreedor rehúse las ofertas reales que se le formulan

Por otra parte, la definición adoptada hace referencia a cuando el acreedor rehúsa las ofertas reales que se le formulan.

Aquí sin duda se está aludiendo a la denominada mora del acreedor.

Ésta es una figura que surge como necesidad de regular los supuestos en los cuales el deudor no puede cumplir porque su acreedor se niega a aceptar el pago o a colaborar para que el mismo se produzca.

De conformidad con lo establecido por el artículo 1338 del Código Civil Peruano, «*El acreedor incurre en mora cuando sin motivo legítimo se niega a aceptar la prestación ofrecida o no cumple con practicar los actos necesarios para que se pueda ejecutar la obligación*».

Es claro que en el caso de la mora del acreedor debe seguirse similar criterio que el aplicado para la mora del deudor, especialmente en lo referido a que no bastará para que el acreedor se encuentre en mora el hecho de que haya transcurrido el plazo de cumplimiento de la obligación por parte del deudor.

Ello se debe a dos razones: la primera a que el artículo 1238 del Código Civil establece como regla general, respecto al lugar de pago, que debe efectuarse en el domicilio del deudor, lo que equivale a decir que es en principio el acreedor quien debe concurrir a cobrar al deudor, de modo tal que en ausencia de cobro no podría decirse que el acreedor ha rehusado el pago, ni mucho menos que ha rechazado alguna oferta real, pues simplemente no se le habría formulado ninguna. Y la segunda, que el Código Civil ha adoptado como regla general el principio *dies non interpellat pro homine* (el solo paso del tiempo no interpela por el hombre), en oposición al principio *dies interpellat pro homine* (el solo paso del tiempo interpela por el hombre). En ese orden de ideas, será necesaria la intimación del deudor al acreedor para que reciba el pago o cumpla con los actos requeridos, salvo el remoto supuesto de que se hubiera pactado mora automática en perjuicio del deudor.

### 3.6. Que la situación de mora subsista mientras la prestación sea posible

Otro de los elementos de la definición anotada se basa en que la situación de mora subsista mientras que la ejecución de la prestación, aunque tardía, sea posible. Resulta evidente que para haber nacido jurídicamente válida, una obligación tiene que ser física y jurídicamente posible (argumento del artículo 140, inciso 2, del Código Civil Peruano).

Entonces es claro que cuando se hace referencia, en la definición anotada, a que la prestación deba seguir siendo posible, estamos aludiendo a que ella continúe siéndolo al momento de la constitución en mora, ya que de lo contrario se daría el contrasentido de exigirse el pago de una prestación que no resultase posible de ejecutar; y, si ello fuese así, no habría mora. Además, es obvio que persistirá la situación de mora precisamente mientras resulte posible el cumplimiento, pues si en pleno fenómeno moratorio sobreviniese la imposibilidad, acabaría la mora y a la vez se extinguiría la obligación.

### 3.7. Que la ejecución de la prestación todavía resulte útil para el acreedor

Finalmente, y para concluir con nuestras apreciaciones sobre los elementos de la mora, debemos señalar que ella subsiste mientras que la ejecución de la prestación, aunque tardía, todavía resulte útil para el acreedor.

En ese sentido, finalizaría la mora en la medida en que sobrevenga la inutilidad del cumplimiento de la prestación. Debemos admitir que la apreciación de la utilidad o ausencia de utilidad de la prestación, usualmente podrá revestir caracteres de orden objetivo, vale decir, fácilmente verificables, pero en otros casos podrá tener características eminentemente subjetivas, cuyo juzgamiento en los tribunales deberá ser apreciado por los jueces en estricto orden a la naturaleza del contrato celebrado y al interés del acreedor en la obligación incumplida.

## 4. MORA E INCUMPLIMIENTO ABSOLUTO

Se entiende por incumplimiento absoluta la imposibilidad definitiva de ejecutar la prestación debida, extinguiéndose la obligación por haber devenido en imposible su cumplimiento, sea cual fuere la naturaleza de la prestación.

Para el caso de las obligaciones de dar bienes ciertos se aplicarán las normas consignadas en los artículos 1137 y 1138, preceptos referidos a la pérdida de los bienes y a la teoría del riesgo. Pero el tema tendrá similar relevancia tanto en las obligaciones de hacer como en las de no hacer, cuando sobrevenga la imposibilidad absoluta y definitiva de ejecutar la prestación debida.

Es claro que si se produjera un incumplimiento de esa naturaleza no podríamos hablar de la posibilidad de constituir en mora al deudor, ya que sería contradictoria la coexistencia del fenómeno moratorio (que precisamente parte de la idea de que se pueda cumplir la obligación) con el hecho de que la obligación no se pueda cumplir. Pero la imposibilidad de cumplimiento no sólo puede determinarse en el marco de una obligación, sino también de modo sobreviniente, cuando dicha obligación ya se encuentra en estado de mora.

Si esta última eventualidad acaeciese, la obligación se extinguiría de inmediato, a la vez que resultaría evidente la desaparición del estado de mora.

## 5. LA CONSTITUCIÓN EN MORA: ELEMENTO FORMAL DE LA SITUACIÓN DE MORA DEL DEUDOR

En principio, y salvo las excepciones establecidas en el artículo 1333 del Código Civil, que luego analizaremos, es indispensable la constitución en mora, lo que determina que la interpelación, intimación o requerimiento del obligado también sea indispensable.

La finalidad que se persigue con la interpelación es obtener el pago y constituir en mora, con todas sus consecuencias, al deudor. En este sentido, su fin jurídico inmediato es la constitución en mora del deudor y el fin mediato el cumplimiento de la prestación.

No es fácil tomar partido en torno a la naturaleza jurídica de la interpelación.

Es cierto que ella podría ser calificada como un hecho jurídico, en la medida en que no tenga por finalidad constituir en mora al deudor o, en su caso, al acreedor. Es posible, en efecto, que un acreedor requiera a su deudor con el único propósito de exigir que le pague lo adeudado, sin desear constituirlo en mora, caso en el cual dicha interpelación sólo sería calificada como un hecho que genera efectos jurídicos.

Sin embargo, podríamos estar en presencia de un verdadero acto jurídico, en la medida en que el agente, obrando con conciencia y voluntad, interpele a su contraparte a fin de constituirla en mora o de interrumpir el decurso del plazo prescriptorio que venía corriendo contra dicho agente. Pero el problema de la naturaleza jurídica de la interpelación es práctico, ya que en este terreno usualmente resultaría

imposible conocer a ciencia cierta cuáles han sido las motivaciones del agente que interpeló a su contraparte.

Por ello, nos inclinamos a considerar que la interpelación es un acto jurídico, ya que la situación incierta que hemos puesto de manifiesto parece insuperable.

Adicionalmente, esta posición se ve reforzada por el hecho de que si el acreedor no reclama el pago al deudor en el tiempo que corresponde, se entiende que tal acreedor está prorrogando tácitamente el plazo del pago.

El requerimiento —también denominado interpelación o intimación—, para tener plena eficacia moratoria, debe reunir una serie de condiciones que pueden ser clasificadas en intrínsecas a la interpelación misma o extrínsecas a ella.

Las condiciones intrínsecas serían las siguientes: a) el carácter categórico, inequívoco y coercitivo de la declaración del acreedor; b) el reclamo debe ser apropiado a las circunstancias de tiempo, lugar y modo de cumplimiento de la obligación y referirse específicamente al objeto debido; c) se debe exigir un cumplimiento de factible o de posible realización.

Por otro lado, las condiciones extrínsecas serían dos: a) al tiempo de interpelar, el acreedor debe prestar toda la cooperación que sea menester para facilitar la ejecución; b) el acreedor no debe encontrarse en situación de mora.

Ahora bien, ya adentrándonos en sus funciones, cabe señalar que cuando el acreedor requiere el pago al deudor, esa exigencia, que en materia moratoria no es otra cosa que el acto de interpelación, constituye una manifestación de ausencia del estado previo de tolerancia o conformidad que implicaba el no requerir el cumplimiento de la obligación.

No obstante, es preciso hacer hincapié en que esa ausencia de tolerancia tampoco debe ser vista como una manifestación de intolerancia, ya que simplemente se está exigiendo el pago de lo debido, sin quebrantarse una fluida relación entre acreedor y deudor.

La intimación solamente puede apreciarse como una ausencia de tolerancia en cuanto a la espera previa, pero no en cuanto a la espera

en términos absolutos, pues el acreedor que intima al deudor para que pague, precisamente esperará que dicho deudor cumpla en los días sucesivos con ejecutar la prestación debida. Esto significa que la intimación o requerimiento conlleva una segunda etapa, en la que aparece una nueva tolerancia, a través de la cual, precisamente, el acreedor esperará que dentro del plazo ya vencido el deudor cumpla con ejecutar el pago.

Y para evitar cualquier duda sobre la existencia de esta segunda tolerancia, baste con pensar que el acreedor bien podría no haber optado por el camino de constituir en mora al deudor, sino simplemente por expresarle su ausencia de interés en el cumplimiento futuro de la prestación debida, a la par que su voluntad de resolver el contrato.

En lo que respecta al criterio de que la interpelación tiene la función de transformar el mero retardo en mora, creemos que resulta evidente la validez de dicha afirmación, ya que no todo retardo en la ejecución de una prestación implica hallarse en situación de mora, pues resultará fundamental el que se configure la interpelación en caso de no poder aplicarse ninguno de los cuatro supuestos de mora automática previstos por el artículo 1333 del Código Civil, ni encontrarnos dentro de los casos que, como regla general de mora automática, establece el Código de Comercio.

También convenimos con la posición que sostiene que una de las funciones de la interpelación es la de urgir al deudor para que cumpla con la prestación debida. El requerimiento de pago, en términos generales, implica la manifestación de voluntad del acreedor para que el deudor cumpla inmediatamente con lo debido.

Es verdad que no en todos los casos en los que el acreedor exija el cumplimiento de la obligación necesitará que se le pague con urgencia. Bien podría ocurrir, en efecto, que el acreedor reclame el pago, pero que el mismo no le urja dada su situación económica o financiera.

Sin embargo, estas hipótesis escapan al ámbito de lo que debemos entender por interpelación, ya que ellas sólo configuran situaciones personales del acreedor, que a efectos de la constitución en mora carecen de relevancia jurídica.

Otra de las funciones de la interpelación es que por su intermedio se transforma la culpa del deudor incumpliente en una culpa cualificada.

En realidad, el hecho generador del incumplimiento puede haber obedecido a causa no imputable al deudor o a causa imputable, como sería en este último caso si ella se origina por dolo, culpa inexcusable o culpa leve. Como expresamos al desarrollar esta posición, la propia ley peruana presume que el incumplimiento de una obligación obedece a culpa leve del deudor. Pero se trata de una presunción relativa que el deudor puede destruir, si demuestra que incumplió a pesar de haber empleado la diligencia ordinaria requerida por las circunstancias, o si prueba que su incumplimiento obedeció a un caso fortuito o de fuerza mayor.

También es evidente, y lo hemos dicho en su oportunidad, que el acreedor perjudicado por el incumplimiento podría agravar la responsabilidad del deudor, si demuestra que la ausencia de pago obedeció a dolo o culpa inexcusable.

Sin embargo, no es exacto que a través de la interpelación se agrave la causa por la cual el deudor ha dejado de cumplir con la obligación, si esa causa le es imputable, pues si el deudor ha incumplido por dolo, luego de la interpelación se mantendrá el dolo como causa de incumplimiento; si el deudor hubiera incumplido por culpa inexcusable, se mantendrá la culpa inexcusable como causa del incumplimiento; y si el deudor hubiera incumplido por culpa leve, se mantendrá la culpa leve como causa del incumplimiento.

Por ello la interpelación no origina imputabilidad, ni otorga una calidad especial a la culpa o al dolo, ni produce transformación alguna de estas circunstancias imputables.

La interpelación, cuando corresponda, sólo será necesaria para que se generen determinados efectos propios de la situación moratoria, los mismos que no determinarán una transformación cualitativa de la causa imputable.

La doctrina estima, además, que la interpelación tiene dentro de sus funciones la de probar el retardo.

Dicha afirmación resulta discutible, en la medida en que el retardo o ausencia de cumplimiento oportuno en el pago podría demostrarse por cualquier medio probatorio, siguiendo el principio de que quien alegue un hecho debe probarlo; y si el deudor alegase ausencia de retardo, será a él a quien corresponda acreditarlo.

Por otra parte, la interpelación no garantiza, por sí misma, que exista retraso en el cumplimiento. Por ejemplo, podríamos encontrarnos ante una interpelación efectuada antes del vencimiento del plazo establecido para el cumplimiento de la obligación. Resultaría obvio, en este caso, que a pesar de haber interpelación no habría mora.

Lo propio ocurriría si un acreedor interpelase a su deudor exigiéndole el pago, no obstante que éste ya hubiera ejecutado la prestación debida de manera idónea.

De lo expresado podemos afirmar, entonces, que no es función propia de la interpelación probar el retardo en el cumplimiento. Si ella lo acredita, obedecerá a circunstancias colaterales, pero no a su naturaleza.

Finalmente, respecto a la interpelación como acto de cooperación del acreedor, remitimos al lector a lo expuesto cuando analizamos las condiciones de la interpelación.

Se observa, en suma, que la interpelación cumple funciones polivalentes, que son las que hemos acogido.

Nuestro ordenamiento jurídico consagra tanto la forma judicial como extrajudicial de requerimiento. Así, recordamos que el primer párrafo del artículo 1333 del Código Civil expresa lo siguiente: «*Incurre en mora el obligado desde que el acreedor le exija, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación*», entendiéndose que lo que la ley persigue es que el deudor conozca de manera indubitable la interpelación de pago realizada por el acreedor, para lo cual es aconsejable que la extrajudicial se efectúe de tal modo que pueda demostrarse fácilmente su realización.

Pero hoy en día abundan los medios a través de los cuales se puede interpelar. Como es sabido, la contratación contemporánea se produce a través del empleo de los más diversos medios de comunicación.

Ello no significa que se haya dejado de contratar directa o personalmente, sino que a los medios o vías tradicionales se han agregado otros a los cuales las personas confían sus relaciones personales y comerciales. Es evidente que los medios a los que recurren las partes para contratar son, en muchos casos, los mismos a los que acuden para constituir en mora a su contraparte.

Ahora bien, como ya hemos advertido, nuestro Código Civil contempla supuestos en los cuales no se necesita la intimación para que se configure la mora. Estos supuestos se encuentran establecidos en el artículo 1333:

> Artículo 1333.- «*Incurre en mora el obligado desde que el acreedor le exija, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación.*
>
> *No es necesaria la intimación para que la mora exista:*
>
> *1.- Cuando la ley o el pacto lo declaren expresamente.*
>
> *2.- Cuando de la naturaleza y circunstancias de la obligación resultare que la designación del tiempo en que había de entregarse el bien, o practicarse el servicio, hubiese sido motivo determinante para contraerla.*
>
> *3.- Cuando el deudor manifieste por escrito su negativa a cumplir la obligación.*
>
> *4.- Cuando la intimación no fuese posible por causa imputable al deudor*».

Las dos primeras excepciones previstas por el artículo 1333 del Código vigente, son las que estuvieron consignadas en los dos incisos del artículo 1254 del Código de 1936. La tercera se acogió del inciso 2 del artículo 1219 del Código Civil Italiano. Y, finalmente, el caso en que la interpelación no fuese posible por causa imputable al deudor, fue creación original del legislador de 1984.

Es de observar que si bien se mantiene el principio de la mora *ex personae*, esto es, el de la mora con interpelación, se amplían las causales para que opere la mora *ex re*, esto es, el de la mora sin interpelación. En consecuencia, la interpelación es innecesaria cuando la ley o el pacto lo declaren expresamente; cuando de la naturaleza y circunstancias de la obligación, aparece que la designación de la época en que había de entregarse la cosa o practicarse el servicio fue motivo determinante para contraerla; cuando el deudor ha declarado por escrito no querer cumplir la obligación; y cuando tal interpelación no es posible por causa imputable al deudor.

En el supuesto de no haberse señalado plazo, pero de la naturaleza y circunstancias de la obligación se dedujera que ha querido concederse

al deudor, el juez fijará su duración, de acuerdo con el artículo 182 del Código Civil. Sólo al vencimiento de este plazo señalado por el juez, el deudor podrá ser constituido en mora.

Si de la naturaleza y circunstancias se dedujera que no ha querido concederse plazo al deudor, entonces el acreedor podrá exigir el pago inmediatamente después de contraída la obligación. Así lo ordena el artículo 1240 del Código Civil. Si el acreedor no recibe el pago después de exigírselo al deudor, podrá constituirlo en mora.

Similar principio se aplica cuando la ley, a falta de estipulación entre las partes, señala el plazo. Así, por ejemplo, en el caso del artículo 1656 del Código Civil, referente al mutuo, que prescribe que cuando no se fijó un término para el pago, se entiende que es de treinta días contados desde la entrega. Vencido este plazo el acreedor estará en aptitud de constituir en mora al deudor.

A continuación, pasamos a detallar cada uno de los casos en los que rige el sistema de la mora sin intimación en nuestro Código:

### 5.1. Mora automática cuando la ley o el pacto lo declaren expresamente

En la segunda parte del artículo 1333 del Código Civil se enumeran, como ya lo expresamos, los supuestos que configuran la mora sin intimación. Así, el inciso primero prevé la situación de mora sin necesidad de interpelación cuando la ley o el pacto lo declaren expresamente.

Sin lugar a dudas, se trata del supuesto más representativo de la mora automática de pleno derecho, también denominada mora *ex re*.

No sólo eso, sino que es también el caso más común al que las partes recurren para tal efecto. Si comparamos su frecuencia con aquellos otros supuestos de mora automática, es sin duda el más relevante aquél en el cual las partes deciden —ellas mismas— que el solo paso del tiempo sí interpela por el hombre.

Además, se presenta habitualmente en la contratación escrita en masa o en la contratación mercantil, en donde el propio Código de Comercio —como vimos oportunamente— la constituye en regla.

Para un análisis más detallado del tema, nos ocuparemos en primer lugar del supuesto de la mora automática por disposición expresa

de la ley o mora legal, y luego de la mora *ex re* establecida por pacto expreso entre las partes.

### *5.1.1. Mora legal*

La mora legal, de acuerdo con el inciso 1 del artículo 1333 del Código Civil, tiene lugar en las hipótesis expresamente previstas por el ordenamiento jurídico. En efecto, la ley, en ciertas situaciones particulares, prescinde del requerimiento del acreedor para la constitución en mora del deudor.

Existe un repertorio de situaciones en que se produce el supuesto de mora legal. A continuación exponemos un ejemplo en que ella se configura dentro del ordenamiento jurídico peruano.

El artículo 430 del Código Civil, referente a la patria potestad, dispone que el saldo que resulte en contra de los padres, produce intereses legales desde un mes después de la terminación de la patria potestad. Esta norma constituye un supuesto de mora automática por mandato de la ley, pues el simple transcurso del tiempo (un mes después de la terminación de la patria potestad) origina la deuda de intereses legales, por parte de los padres, la misma que, teniendo en cuenta que ha concluido la patria potestad, sería de intereses legales moratorios.

### *5.1.2. Mora convencional*

Esta hipótesis de mora automática se origina por voluntad de las partes. Son éstas las que pueden convenir libremente, en ejercicio de su autonomía contractual, que el solo incumplimiento del deudor en el plazo previsto, independientemente de toda interpelación, lo constituya en mora.

En este sentido, Jorge Joaquín Llambías[207] considera que la constitución en mora no es de orden público, por lo que la supresión de la exigencia de la interpelación no atenta contra la moral ni contra las buenas costumbres. Por esta razón no habría impedimento alguno para que las partes establecieran un régimen de constitución en mora más riguroso para el deudor que el sustentado en la interpelación.

---

207 LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, tomo I, p. 151.

Además, agrega el citado autor, como el pacto de mora automática significa una renuncia anticipada por parte del deudor a que se le efectúe el requerimiento, es decir, un sistema menos benigno para éste —a quien en caso de duda se tiende a favorecer—, la ley exige que ese pacto sea expreso; ello, con la finalidad de que la voluntad derogatoria del requisito de la interpelación se manifieste claramente. De lo que se desprende que toda duda al respecto implica la exclusión del pacto especial, manteniéndose el principio de la mora *ex personae*.

Finalmente, precisa anotarse que no todas las legislaciones exigen que el pacto de mora *ex re* entre las partes sea expreso.

### 5.2. Mora automática derivada de la naturaleza y circunstancias de la obligación

Este supuesto de mora *ex re* se halla expresamente plasmado en el inciso segundo del artículo 1333 del Código Civil. Su fundamento radica en la interpretación de la voluntad de las partes, pues se considera que éstas han entendido que por fuerza de la naturaleza de la obligación, el pago en el momento oportuno era tan importante que su omisión debía llevar aparejada la responsabilidad del deudor. Por tal razón, se suele decir que hay, en este sentido, una estipulación tácita de mora automática, sin que en realidad exista, naturalmente.

Para que se produzca este tipo de mora se debe presentar, en primer lugar, la situación en la que el deudor debe tener conocimiento de la importancia que reviste el pago puntual de la prestación para el acreedor. Si no fuera de esta manera, fallaría el consentimiento del deudor, tácitamente prestado, para someter este aspecto de la obligación a un régimen más riguroso que el de la mora *ex personae*.

En segundo lugar, el conocimiento citado ha de ser contemporáneo con la constitución de la obligación. Desde su nacimiento, la obligación está sujeta a un régimen uniforme que no puede ser variado por voluntad de una sola de las partes.

Respecto de la norma bajo comentario, la doctrina consigna los siguientes ejemplos: la construcción de un pabellón para una exposición, que indudablemente debe ser terminado para el día señalado, y en defecto de lo cual no es necesario requerimiento alguno para constituir en mora. Igualmente, el transporte de mercaderías a un barco que debe

partir en fecha determinada. Un préstamo solicitado para solventar una obligación bancaria que tiene un plazo cierto para ser pagada. Los servicios de una orquesta contratada para una boda. Un chofer de limosina cuyos servicios se contratan para transportar a una novia a la iglesia a una hora determinada, etc.

En torno a las obligaciones sometidas a plazo esencial, se tiene que la falta de cumplimiento en el tiempo pactado o que surgiera de la naturaleza y circunstancias de la prestación debida, puede ocasionar el incumplimiento definitivo y total y no el mero retardo, aunque materialmente la prestación asumida pudiese efectuarse después de vencido el plazo.

Lo manifestado se percibe con nitidez en el ejemplo propuesto de la contratación de una limosina con el objeto de que transporte a la novia a la iglesia a una hora determinada; si la limosina no cumple con llevar a la novia el día y a la hora indicada, no habrá retraso, sino incumplimiento definitivo, por lo que no se configurará la mora del deudor.

En este sentido, es evidente que el transporte puede efectuarse en cualquier otro momento; sin embargo, para la acreedora ello carecerá de interés, si no se efectúa de modo de poder llegar a la hora determinada para contraer matrimonio.

Pero todos los ejemplos citados de plazo esencial se encuentran en la línea divisoria entre la mora y el incumplimiento definitivo. Es más, creemos que resultaría difícil sostener que en ellos habría mora.

Estimamos, para que el deudor se encuentre en mora y no en incumplimiento definitivo, que todavía debe estar presente el interés del acreedor en la ejecución de la obligación por el deudor.

Por ejemplo, si un banco contrata a un pintor de nota para la elaboración de un óleo con el rostro del fundador de la institución, a ser colocado en el *hall* principal y develado el día de la inauguración de su nueva sede central, y el deudor incumple con entregarlo en fecha oportuna. En este caso el banco seguiría interesado en obtener el cuadro, pues más allá de no haber podido inaugurar el edificio exponiéndolo, será importante colocarlo, aunque sea posteriormente, para rendir permanente homenaje a quien tuvo la visión de fundar esa institución.

### 5.3. Mora automática derivada de la manifestación negativa del deudor para cumplir con su obligación

Sobre este tema, debemos subrayar que la negativa anticipada no será sinónimo de incumplimiento ni de mora automática.

Es sólo si luego de la negativa expresa de pago continúa la inacción del deudor y venciese la fecha de pago, inmediatamente después de tal vencimiento se configuraría la mora automática.

Si la negativa del deudor se manifestara después de vencida la fecha de pago, se produciría el supuesto de mora automática en el momento en que dicho deudor pusiese en conocimiento del acreedor su negativa al cumplimiento. Aquí ya no habría ningún tiempo de espera.

### 5.4. Mora automática cuando la intimación no fuese posible por causa imputable al deudor

Este caso está previsto por el inciso cuarto del artículo 1333 del Código Civil, al establecer que hay mora automática «*Cuando la intimación no fuese posible por causa imputable al deudor*», o sea cuando el acreedor no ha podido interpelar al obligado porque causas atribuibles a éste lo hicieron imposible.

La doctrina cita como ejemplos el de un deudor que se ausenta sin hacer conocer su nuevo domicilio al acreedor, o el de un deudor que muere y no se conoce quiénes son sus herederos, entre otros supuestos.

Sin embargo, nosotros no nos encontramos necesariamente de acuerdo con los ejemplos a los que usualmente se refiere la doctrina.

Entendemos como requisito necesario para que se presente el supuesto analizado, que exista culpa en el deudor, y precisamente que esta culpa determine la imposibilidad de intimarlo.

Entonces debe existir una relación de causalidad entre la culpa del deudor y la imposibilidad de intimación.

Así, si el deudor debía pagar en su propio domicilio, para constituirlo en mora el acreedor deberá previamente intentar cobrarle allí. Si el deudor se ausentase de dicho domicilio, sería de aplicación lo dispuesto en el contrato, si se fijó domicilio contractual, o lo prescrito por el artículo 40 del Código Civil, en el sentido de que el cambio de

domicilio no puede oponerse a los acreedores si no ha sido puesto en su conocimiento mediante comunicación indubitable.

Entonces, en lo que respecta al cambio de domicilio, deberá tratarse de un supuesto de tal significación que determine la imposibilidad para el acreedor de intimar a su deudor, no obstante utilizar todos los mecanismos que para el efecto le franquea nuestro ordenamiento jurídico, lo que incluiría, desde luego, notificarlo judicialmente por periódico.

Tampoco asumimos el caso del deudor que muere y no se conoce quiénes son sus herederos, porque la muerte no es un hecho imputable al deudor, a menos que haya sido causada intencionalmente por el propio deudor (suicidio).

Por último, cabe preguntarnos si el supuesto de mora automática que venimos tratando es, en efecto, uno de mora automática, o si, por el contrario, es uno de mora por intimación o requerimiento.

Pensamos que se trata de un caso que se encuentra en el limbo entre las dos clases de constitución en mora, pues en realidad ella no se produce de manera automática, ante un evento ajeno al actuar del acreedor. Esta mora se genera luego de que el acreedor ha realizado las gestiones e intentos necesarios para constituir en mora a su deudor, y después de que dichos intentos resulten infructuosos. En consecuencia, no es automática, pues al menos requiere que el acreedor haya intentado intimar a su deudor.

### 5.5. Mora objetiva y su relación con la mora automática

Algunos autores sostienen la existencia de la denominada mora objetiva, que según ellos es aquella que se caracteriza por carecer del factor de imputabilidad, es decir que no necesita de la presencia del dolo o la culpa para que se configure.

El tema requiere ser vinculado aquí con la mora automática o mora *ex re*, es decir, con aquella que no exige interpelación, pues ciertos autores[208] suelen confundir las expresiones «mora objetiva» y «mora automática», utilizándolas de manera indistinta, como si fueran sinónimas.

---

208 Ernesto Wayar (WAYAR, Ernesto Clemente. *Tratado de la Mora*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1981, p. 236) cita a José Ignacio Cano como ejemplo de los autores que confunden estos tipos de mora, ya que denominan mora automática a

Sin embargo, ello constituye un error, ya que la mora automática o mora *ex re* se caracteriza, como anotamos oportunamente, por no necesitar de la interpelación para que se configure como tal. En cambio, la mora objetiva no requiere la presencia de los elementos subjetivos de culpabilidad.

En este sentido, teóricamente hablando, esas clases de mora no son excluyentes, pudiendo existir una mora sin culpa (objetiva), o una mora automática (sin interpelación), pero de naturaleza esencialmente culpable.

## 6. MORA EN LAS OBLIGACIONES DE DAR SUMAS DE DINERO

En el ordenamiento jurídico peruano, impera el principio de la libertad de forma en la interpelación. Ello se desprende de la lectura del artículo 1333 del Código Civil y del análisis de las normas sobre mora, pues para constituir en mora al deudor, el acreedor deberá exigirle, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación, no requiriendo una forma específica.

Conviene anotar, sin embargo, algunas precisiones con referencia al artículo 1334 del Código Civil.

La norma citada prescribe lo siguiente:

> *Artículo 1334.- «En las obligaciones de dar sumas de dinero cuyo monto requiera ser determinado mediante resolución judicial, hay mora a partir de la fecha de la citación con la demanda.*
>
> *Se exceptúa de esta regla lo dispuesto en el artículo 1985».*

La única explicación del precepto, desde luego insatisfactoria, es que se trataría de una suma ilíquida; pero esto no debería determinar la exigencia de interponer una demanda, pues dicha suma continuaría siendo ilíquida hasta que fuera liquidada judicialmente.

## 7. MORA EN OBLIGACIONES RECÍPROCAS

Cuando existen obligaciones recíprocas, en las cuales la prestación de uno es la causa de la del otro, no es necesario que haya mora para que pueda hacerse valer la *exceptio non adimpleti contractus*.

---

los supuestos que, en el Derecho Español, se reputan como casos de responsabilidad objetiva.

En el Código Civil Peruano dicha excepción se encuentra regida por el artículo 1426, precepto que establece que «*En los contratos con prestaciones recíprocas, en que éstas deben cumplirse simultáneamente, cada parte tiene derecho de suspender el cumplimiento de la prestación a su cargo, hasta que se satisfaga la contraprestación o se garantice su cumplimiento*».

Y, en verdad, no es necesario que exista mora para que pueda hacerse valer la excepción de contrato no cumplido, también llamada excepción de incumplimiento, ya que ésta es fundamentalmente un mecanismo de defensa sustantivo que la ley otorga a los contratantes con la finalidad de que ninguno de ellos se vea perjudicado, cumpliendo con una obligación y corriendo el riesgo de que su contraparte no cumpla la suya con posterioridad.

Lo expresado no significa que la excepción de incumplimiento sea excluyente de la constitución en mora, ya que un contratante podría negarse a cumplir, luego de haber constituido en mora a su contraparte.

Lo que deseamos señalar es simplemente que resulta posible que se aplique dicha excepción en la eventualidad de que no haya mora.

Los mismos principios rigen respecto a la excepción de caducidad de término, regulada por el artículo 1427 del propio Código, en el sentido de que para su aplicación no resultaría indispensable que la contraparte se encontrase constituida en mora.

Como se recuerda, el artículo 1427 del Código Civil establece que «*Si después de concluido un contrato con prestaciones recíprocas sobreviniese el riesgo de que la parte que debe cumplir en segundo lugar no pueda hacerlo, la que debe efectuar la prestación en primer lugar, puede suspender su ejecución, hasta que aquélla satisfaga la que le concierne, o garantice su cumplimiento*».

El tema de la mora en las obligaciones recíprocas se encuentra regulado en el artículo 1335, norma que señala lo siguiente:

> Artículo 1335.- «*En las obligaciones recíprocas, ninguno de los obligados incurre en mora sino desde que alguno de ellos cumple su obligación, u otorga garantías de que la cumplirá*».

Lo prescrito en el precepto citado permite afirmar que sólo se requiere un simple retardo en cumplir con la obligación a su cargo, para que la otra parte se halle invulnerable a la constitución en mora.

## 8. RESPONSABILIDAD DEL DEUDOR POR MORA

Como es evidente, si como consecuencia de la configuración de la mora se producen daños y perjuicios, éstos deben ser indemnizados. Al respecto, nuestro Código Civil sanciona de manera expresa el deber de indemnizar que puede surgir a cargo del deudor o del acreedor, según sea el caso.

Constituye uno de los efectos de la mora que el deudor esté obligado a indemnizar al acreedor todos los daños y perjuicios que la mora le ocasione; también desde ese momento correrán los intereses por las sumas que le adeude.

En lo que respecta a nuestra legislación, el artículo 1336 del Código Civil dispone lo siguiente:

> Artículo 1336.- «*El deudor constituido en mora responde de los daños y perjuicios que irrogue por el retraso en el cumplimiento de la obligación y por la imposibilidad sobreviniente, aun cuando ella obedezca a causa que no le sea imputable. Puede sustraerse a esta responsabilidad probando que ha incurrido en retraso sin culpa, o que la causa no imputable habría afectado la prestación, aunque se hubiese cumplido oportunamente*».

Cuando el deudor está en mora el acreedor puede exigir la prestación debida y, además, la reparación de los daños y perjuicios que produce el retraso. Por ejemplo, la indemnización por no concluirse la construcción de un edificio en el plazo estipulado o por el menor precio de los valores que no se entregaron oportunamente.

Para la aplicación de esta regla se requiere, por cierto, que el cumplimiento de la obligación aún sea posible y que subsista la utilidad de la prestación para el acreedor. En caso contrario, ¿qué objeto tendría que el acreedor exigiera el cumplimiento de una obligación imposible o inútil?

La posibilidad de cumplimiento es una cuestión probatoria que queda a la apreciación del juez, en la misma medida en que también queda sujeta a esta apreciación decidir si la obligación resulta o no de utilidad para el acreedor.

Si la prestación todavía es útil, el acreedor no podría rehusarla y sólo tendría el derecho de solicitar, adicionalmente, el pago de los daños y perjuicios moratorios.

Esto no significa que el acreedor deba esperar indefinidamente el cumplimiento de la obligación, no obstante que ello pueda ser factible. Sin embargo, si el deudor en mora se niega a cumplirla, ya sea en forma expresa, bien veladamente, con evasivas, rehusando contestar a los requerimientos del acreedor, éste puede considerar válidamente que no se trata de un simple retraso, sino de una inejecución total, por lo que podrá exigir el pago de los daños y perjuicios compensatorios (argumento de los artículos 1316 y 1321 del Código Civil).

La norma contenida en el artículo 1336, además de señalar las consecuencias que debe asumir el deudor que ha incurrido en mora, determina que ésta requiere, para configurarse, de un retraso culpable, ya que si el retraso fuera sin culpa no habría mora. De esta manera nuestro Código, en ese tema, también se adscribe —como muchos otros Códigos— al criterio de la imputabilidad subjetiva.

De lo dicho se infiere que el deudor responderá de los daños y perjuicios que se originen por caso fortuito o fuerza mayor, cuando la imposibilidad de la prestación se genere luego de que el deudor se encuentre en mora.

Es obvio que si el caso fortuito o la fuerza mayor que determina el incumplimiento, hubiera acontecido antes del requerimiento de pago por parte del acreedor al deudor, ello originaría la liberación de este último, pues nunca se habría hallado en mora.

Debemos observar, como es evidente, que lo expuesto precisa, en adición, que se encuentren presentes todos los demás requisitos que exige la constitución en mora.

El artículo 1337 contempla otro supuesto de responsabilidad del deudor:

> Artículo 1337.- «*Cuando por efecto de la morosidad del deudor, la obligación resultase sin utilidad para el acreedor, éste puede rehusar su ejecución y exigir el pago de la indemnización de daños y perjuicios compensatorios*».

Como ya se expresó, uno de los requisitos para que exista mora es que la prestación adeudada todavía resulte útil para el acreedor, lo que significa, en otras palabras, que ella le sea de interés; vale decir, que el acreedor espere su cumplimiento por parte del deudor, ya que

el mismo le reportará los beneficios que esperaba al momento de haber contraído la obligación.

Uno de los temas más controvertidos en torno a los elementos constitutivos de la mora, como ya lo expresamos, es sin duda el de la utilidad que el cumplimiento tardío reporta al acreedor, ya que este último prácticamente será el único que podrá indicar con exactitud cuándo el futuro cumplimiento de la prestación que viene siendo incumplida ya no le resulta útil.

Evidentemente, a menos que se hubiese causalizado el motivo por el cual se celebraba el contrato del cual nacía la obligación, en muchos casos la utilidad o inutilidad no dejará de ser un elemento cuya valoración personal quedará íntegramente en manos del acreedor.

No obstante, debemos admitir que existen situaciones en las cuales el tema de la utilidad o inutilidad resultará relativizado por la naturaleza de la prestación.

Concretamente estamos pensando en el caso de las obligaciones dinerarias, habida cuenta de que resultaría difícil que el acreedor pudiese sostener que el pago de una cantidad de dinero debida pueda resultar inútil considerado en sí mismo. Para tal efecto, tendríamos que asumir que el pago de cantidades de dinero en algunas circunstancias no resulta útil a las personas; situación que difícilmente se presentará en la práctica, porque será casi imposible demostrar que el dinero es inútil para alguien.

No obstante lo señalado, debemos considerar que el análisis de la utilidad o inutilidad de una prestación —en lo que respecta al tema moratorio— no deberá ser apreciado considerando aisladamente a la obligación pendiente de cumplimiento, ya que muchas veces resultará indispensable estudiar la utilidad o inutilidad de una prestación en función del contrato en su conjunto, lo que implicará decidir si esa prestación, en un eventual futuro cumplimiento, devendrá en conveniente o inconveniente al acreedor, en torno de la relación jurídica contractual apreciada de manera global.

Por lo menos, siguiendo este criterio, la utilidad o inutilidad de las diversas prestaciones podrá ser apreciada de una manera más coherente y acorde con la naturaleza de lo que las partes han querido obtener de provecho al relacionarse jurídicamente, ya que muchas veces estas

situaciones no podrán percibirse con claridad de manera aislada, sino a través de un razonamiento en conjunto.

Como ya lo señalamos, el artículo 1337 del Código Civil dispone que si la obligación por la que el deudor ha sido constituido en mora resultase sin utilidad para el acreedor, éste podrá rehusar su ejecución y exigir el pago de la indemnización de daños y perjuicios compensatorios.

En lo que respecta al primer extremo de la norma, el mismo resulta acorde con la naturaleza de la inutilidad de las obligaciones, ya que un actuar consecuente en caso de que la obligación resulte inútil para el acreedor, es que este último rehúse aceptar su cumplimiento. Lo contrario sería absolutamente contradictorio.

Por otra parte, si el acreedor hubiese aceptado el pago, ello significaría que al momento de aceptarlo habría convenido en que la prestación le resultaba útil.

Si el acreedor hubiese cambiado de parecer posteriormente, y aquello que le pareció útil luego le resultaba o creyera que le resulta inútil, tal situación no debería tener relevancia para el Derecho, debiéndose considerar que el deudor que se encontraba en mora habría purgado su estado moratorio, habiéndose producido el pago de la obligación.

En este sentido, el acreedor sólo podría reclamar al deudor el pago de los daños y perjuicios de carácter moratorio que eventualmente se hubiesen devengado. No podríamos hablar de daños y perjuicios compensatorios.

En lo que respecta a la segunda parte del artículo 1337 del Código Civil, ella establece que si el acreedor rehusase el cumplimiento por la inutilidad de la obligación, tendrá derecho a exigir al deudor el pago de los daños y perjuicios de carácter compensatorio.

Esto resulta absolutamente natural, en la medida de que estaríamos hablando de un incumplimiento de carácter definitivo y, como se sabe, los daños y perjuicios compensatorios son aquellos destinados a indemnizar el incumplimiento de la obligación o su cumplimiento parcial o defectuoso.

## 9. MORA DEL ACREEDOR

Corresponde ahora referirnos al supuesto de mora del acreedor. Antes de analizar cuáles son las consecuencias jurídicas que se derivan

de éste, consideramos conveniente estudiar brevemente cómo es que se efectúa la constitución en mora.

### 9.1. Constitución en mora del acreedor

Existen dos formas o sistemas para constituir en mora al acreedor.

En el sistema de las ofertas reales, la mora *credendi* se produce como consecuencia de que el deudor formule un ofrecimiento serio, real, oportuno, efectivo e íntegro de cumplir la prestación y el acreedor rehúsa aceptarlo, demostrando su falta de cooperación con el *solvens*.

Sin embargo, cabe precisar que el sistema de las ofertas reales exige, precisamente, que el deudor ofrezca al acreedor cumplir con la prestación debida, ya sea porque ha concluido con su elaboración y requiere entregarla, o porque resulta necesaria la participación del acreedor para que el deudor pueda ejecutarla.

Sin duda, el sistema de las ofertas reales se aprecia de manera más nítida cuando el deudor ya ha culminado con ejecutar la prestación y lo único que falta para que se complete el proceso de ejecución es la entrega propiamente dicha.

Para tal efecto, vamos a citar un ejemplo que con dos variantes ilustrará lo que venimos afirmando.

Si un personaje famoso hubiese contratado con un pintor la elaboración de un cuadro con su rostro, el mismo que deberá ser producido sin la presencia de dicho personaje, resultará factible que el pintor ejecute la obra y la concluya sin la participación del acreedor, pudiendo llegar a ofrecer entregársela inmediatamente después de terminada.

Sin embargo, el pintor se encontraría en situación distinta si se hubiese obligado a pintar el cuadro con la presencia física del personaje famoso. En este caso, es claro que no podría elaborar el cuadro si el personaje incumple con asistir a posar.

No obstante ello, el pintor sí podría constituir en mora a su acreedor, mediante el sistema de las ofertas reales, no porque le esté ofreciendo entregar el cuadro terminado, sino por ofrecerle elaborarlo, para cuya ejecución resulta indispensable la presencia física del acreedor, esto es un deber de cooperación.

Así, resulta evidente que desde el momento mismo en que el pintor requiere a su acreedor para que pose, y éste no cumple con hacerlo, quedará constituido en mora.

En el otro sistema, el de la consignación judicial, el único vehículo válido para constituir en mora al acreedor sería mediante la consignación del bien. El solo ofrecimiento, por más serio y oportuno que fuere, no constituiría en mora al acreedor.

Nosotros no compartimos el criterio de que sólo pueda constituirse en mora al acreedor en virtud del sistema de la consignación judicial, pues como ha sido estudiado oportunamente la consignación únicamente es un mecanismo de carácter voluntario u optativo, al cual puede recurrir el deudor si lo tiene a bien y si se cumplen todos los requisitos previstos por la ley para que proceda consignar.

Con lo expresado ponemos una vez más de relieve el carácter meramente voluntario de la consignación, lo que nos conduce a afirmar que ella integra sólo un medio para constituir en mora al acreedor, en adición al sistema de las ofertas reales, del que antes nos hemos ocupado.

Es importante agregar que el mecanismo de la consignación en el Perú no pasa por una acción directa, vale decir que se requiere, previamente, haber realizado un ofrecimiento de pago, ya sea judicial o extrajudicial, conforme a los supuestos previstos por el artículo 1252 del Código Civil, que comentáramos al analizar el referido tema.

Independientemente de las críticas que hemos formulado al precepto citado, resulta claro que no cabe consignar sin haber ofrecido, razón por la cual el Derecho Peruano ha previsto el sistema de las ofertas reales como un medio idóneo de constitución en mora del acreedor, según desprende de lo dispuesto por el artículo 1338 del Código Civil:

> *Artículo 1338.- «El acreedor incurre en mora cuando sin motivo legítimo se niega a aceptar la prestación ofrecida o no cumple con practicar los actos necesarios para que se pueda ejecutar la obligación».*

### 9.2. Consecuencias de la mora del acreedor: indemnización y asunción del riesgo

Hasta aquí es posible afirmar que ley civil peruana determina que el deudor moroso responde de los daños y perjuicios que irrogue por

el retraso en el cumplimiento de la obligación y por la imposibilidad sobreviniente, aun cuando ella obedezca a causa que no le sea imputable —primera parte del artículo 1336—. Agrega el artículo 1337 del Código Civil que cuando por efecto de la morosidad del deudor, la obligación resultase sin utilidad para el acreedor, éste puede rehusar su ejecución y exigir el pago de la indemnización de daños y perjuicios compensatorios.

Por su parte, la mora *accipiendi* o mora del acreedor implica no sólo una injustificada dilación o tardanza, sino también un entorpecimiento por parte del titular del crédito, quien no colabora para permitir al deudor ejecutar la prestación, o quien sin motivo legítimo se niega a recibir el pago o la entrega del bien debido, es decir a aceptar la prestación.

Se podrían destacar las siguientes características de esta especie de mora:

- Tiene como presupuesto la licitud de la prestación del deudor y que ésta se encuentre vencida.

- El deudor ofrece cumplir la prestación de modo real y total, y en el tiempo y lugar adecuados.

- La negativa injustificada del acreedor a admitir el pago, ejecución o cumplimiento: una oferta legítima y una repulsa ilegítima.

La mora del acreedor responde al concepto de falta de la debida cooperación para recibir o admitir la prestación debida. Dentro de tal orden de ideas, el artículo 1338 del Código Civil señala que el acreedor incurre en mora cuando sin motivo legítimo se niega a aceptar la prestación ofrecida o no cumple con practicar los actos necesarios para que se pueda ejecutar la prestación, quedando obligado, de acuerdo a los artículos 1339 y 1340 del Código Civil, a indemnizar los daños y perjuicios derivados de su retraso y a asumir los riesgos por la imposibilidad de cumplimiento de la obligación, salvo que obedezca a dolo o culpa inexcusable del deudor.

### *9.2.1. Indemnización de los daños que la mora cause al deudor*

Conforme a lo establecido por el artículo 1339 del Código Civil, constituye un efecto de la mora del acreedor, el deber de indemnizar al deudor por los daños y perjuicios que le origine su actitud:

*Artículo 1339.- «El acreedor en mora queda obligado a indemnizar los daños y perjuicios derivados de su retraso».*

Al respecto, sólo nos queda expresar que es criterio universal que resultan susceptibles de indemnización los daños y perjuicios de carácter moratorio, vale decir aquellos que se generen durante el periodo de la mora, sea ésta del deudor o del acreedor.

Por lo demás, esta materia se regulará por las disposiciones generales del Código Civil (artículos 1314 y siguientes).

### *9.2.2. Asunción del riesgo por la imposibilidad de cumplimiento*

El artículo 1340 del Código Civil establece claramente que los riesgos por imposibilidad de cumplimiento de la obligación, sin culpa de las partes o por culpa leve del deudor, son asumidos por el acreedor que se encuentra en estado moratorio:

*Artículo 1340.- «El acreedor en mora asume los riesgos por la imposibilidad de cumplimiento de la obligación, salvo que obedezca a dolo o culpa inexcusable del deudor».*

Lo dispuesto en la norma trascrita no es otra cosa que la transferencia del riesgo, que constituye uno de los efectos propios de la constitución en mora del acreedor.

Usualmente, dentro del esquema que en materia de teoría del riesgo contempla el Código Civil Peruano de 1984, la imposibilidad de cumplimiento de la prestación sin culpa de las partes, acarrea la aplicación del principio *periculum est debitoris*. Esto significa que el riesgo de pérdida o deterioro de la prestación o de imposibilidad de ejecución de la misma, en sentido amplio, habitualmente es asumido por el deudor, vale decir, que será el deudor quien sufra los riesgos y perjuicios de dicha imposibilidad, traducidos en la pérdida de la contraprestación, si la hubiere.

Sin embargo, el estado moratorio determina que se configure una situación distinta; precisamente, la situación que se presentará será la inversa, produciéndose la transferencia del riesgo ante la imposibilidad de cumplimiento de la prestación sin culpa de las partes.

Dentro de tal orden de ideas, el principio que se aplicará a partir de la constitución en mora del acreedor, será el *periculum est creditoris* (el acreedor sufre el riesgo de pérdida de la contraprestación, si la hubiere).

## Capítulo Tercero
## OBLIGACIONES CON CLÁUSULA PENAL

### 1. CONSIDERACIONES GENERALES

Muchas veces la probanza de la cuantía de los daños y perjuicios no es labor sencilla. No obstante que, en principio, esas dificultades son solucionadas con la posibilidad que otorga la ley de que el juez realice una valoración equitativa de los daños, ésa no es la única solución que brinda el Derecho.

Nuestro Código Civil ofrece la posibilidad de que los sujetos de la relación obligacional, en ejercicio de su autonomía privada, establezcan una cláusula penal en el contrato que celebran.

La cláusula penal es la estipulación en un contrato que se refiere a la pena o penalidad convenida para el caso de incumplimiento. Es obvio, por lo demás, que toda vez que las partes pacten una penalidad, lo harán a través de una cláusula en la que se refieran a ella, independientemente de si dicha cláusula sólo alude a tal penalidad o si incluye, además, disposiciones de otra naturaleza.

Por otra parte, al tener la cláusula penal carácter accesorio (pues no podría existir sin una obligación cuyo cumplimiento resguarde o garantice), hablar de «obligación con cláusula penal» no resulta errado, en la medida en que se estará haciendo referencia a aquellas relaciones obligatorias que incluyen una penalidad convenida por las partes.

Más allá de esas consideraciones, la cláusula penal, a grandes rasgos, puede definirse como un pacto anticipado de indemnización. En ella se

dispone que si el deudor incumple, tendrá que pagar una indemnización de daños y perjuicios, cuyo monto también se especifica en el pacto.

Debemos subrayar que la cláusula penal, al igual que los daños y perjuicios, puede tener naturaleza moratoria o compensatoria, dependiendo de si con ella se busca indemnizar la mora en el pago o si lo que se pretende indemnizar es el cumplimiento parcial o defectuoso o el incumplimiento definitivo de la obligación.

No hay duda de que la importancia práctica, relevancia teórica y normatividad legal de la cláusula penal determinan que desde antes y después de la promulgación del Código Civil Peruano, en julio de 1984, haya merecido el mayor debate académico.

Como podremos apreciar en el análisis que iniciamos, el principal cuestionamiento que se formula es el relativo a la primera parte del artículo 1346 del Código Civil, la misma que establece que el juez, a solicitud del deudor, puede reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva.

Resulta evidente, además, que el tema suscita apasionados debates, pues sea cual fuere la opción que se elija, habrá razones académicas, prácticas y éticas para defender la tesis escogida. En esta materia, ciertamente, la solución no es pacífica. Parece que lo único concreto es que no existe una solución que quede exenta de crítica.

Tratando de conservar el menor apasionamiento y la mayor sindéresis, hemos decidido iniciar el tema de la cláusula penal desde la perspectiva de su funcionalidad, puesto que, en esencia, la definición de la cláusula penal pone de relieve, de alguna manera, las distintas funciones que cumple esa modalidad obligacional.

## 2. FUNCIONALIDAD DE LA CLÁUSULA PENAL

Nos corresponde analizar la funcionalidad de la cláusula penal en el marco concreto del Código Civil Peruano de 1984.

Para tal efecto, vamos a estudiar a cada una de las funciones que en teoría cumple la cláusula penal, confrontándolas con el régimen legal peruano y expresando nuestras opiniones al respecto.

En primer lugar tenemos que referirnos a su función compulsiva, la que estará presente como un elemento que refuerce el cumplimiento

de las obligaciones, sin constituir, en estricto, una garantía en términos jurídicos.

Dentro del régimen legal peruano, tal como lo establecen los artículos 1341 y 1342 del Código de 1984, la función compulsiva de la cláusula penal puede ser tanto compensatoria como moratoria:

> Artículo 1341.- «*El pacto por el que se acuerda que, en caso de incumplimiento, uno de los contratantes queda obligado al pago de una penalidad, tiene el efecto de limitar el resarcimiento a esta prestación y a que se devuelva la contraprestación, si la hubiere; salvo que se haya estipulado la indemnización del daño ulterior. En este último caso, el deudor deberá pagar el íntegro de la penalidad, pero ésta se computa como parte de los daños y perjuicios si fueran mayores*».
>
> Artículo 1342.- «*Cuando la cláusula penal se estipula para el caso de mora o en seguridad de un pacto determinado, el acreedor tiene derecho para exigir, además de la penalidad, el cumplimiento de la obligación*».

Si fuera compulsiva y compensatoria, la cláusula penal estará destinada a sustituir la prestación incumplida por la penalidad pactada (perdiendo el deudor incumpliente el derecho a la contraprestación, si la hubiere).

Por otra parte, la función compulsiva moratoria estará circunscrita a indemnizar la mora en el pago.

Desde el punto de vista de la función compulsiva de la cláusula penal, si ella fuere compensatoria, el carácter compulsivo estaría dado en conducir a que el deudor no incumpla con la prestación debida y a que no la cumpla de manera parcial o defectuosa. En otras palabras, la cláusula penal compensatoria buscará que el deudor no deje de cumplir de manera íntegra e idónea.

En cambio, la cláusula penal moratoria tendrá como función compulsiva el hacer que el deudor no deje de cumplir en tiempo oportuno, pues se vería expuesto a incurrir en mora y a que se desencadene la sanción correspondiente.

Resulta claro que la norma contenida en el artículo 1346 del Código Civil, en el sentido de que el juez, a solicitud del deudor, puede reducir

equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva, relativiza —de alguna manera— la función compulsiva de la cláusula penal, en la medida en que al haber adoptado el Código Civil Peruano de 1984, el sistema de la mutabilidad relativa, en la práctica se dan numerosos casos de deudores que, siendo conscientes de la posibilidad legal de alegar el exceso de la penalidad, decidan no cumplir o cumplir de modo tardío, teniendo abierta la posibilidad para reclamar judicialmente la reducción de la pena.

De otro lado, no hay que olvidar que la parte final del artículo 1346 del Código Civil permite al deudor solicitar al juez que proceda a reducir equitativamente la pena cuando la obligación hubiese sido en parte o irregularmente cumplida, situación que si bien no es discutida en el plano teórico por la doctrina, sí constituye un factor que resta atribuciones compulsivas a la cláusula penal pactada.

Luego, y en lo que respecta a la función indemnizatoria de la cláusula penal, dentro del marco legal peruano es indudable que ésta tiene una finalidad claramente indemnizatoria, de conformidad con lo establecido por el artículo 1341 de la ley civil.

En adición, hacemos hincapié en que la cláusula penal siempre cumplirá una función indemnizatoria, tanto cuando ella pudiera corresponder en su monto a la cuantía de los daños y perjuicios verdaderamente causados, como cuando resultare diminuta o excesiva.

Si la cláusula penal fuera diminuta y no se hubiera pactado la indemnización del daño ulterior, resulta evidente que el acreedor no podría demandar el aumento de la pena estipulada, y aquello que cobre, en este caso, sólo indemnizará parcialmente los daños y perjuicios causados. En tal sentido, por más que la indemnización de los daños y perjuicios fuera sólo parcial, resulta indudable que la cláusula penal seguiría teniendo función indemnizatoria.

Y, en el otro extremo, si la cláusula penal fuese excesiva en comparación con los daños y perjuicios causados, pero el deudor, por los motivos que fuere, no solicitara su reducción, quedaría obligado a pagarla en su integridad. En este caso, si bien es cierto que el deudor pagaría una indemnización mayor que los daños y perjuicios realmente causados, la misma indudablemente también cumpliría una función indemnizatoria. La tendrá en la parte correspondiente a los daños y

perjuicios realmente causados (lo que resulta obvio), pero también en lo que respecta a los daños y perjuicios no causados, pues la cláusula penal constituye un pacto anticipado de indemnización ante un eventual incumplimiento del deudor.

Además, si el deudor no reclama ante los tribunales la eventual reducción de la penalidad convenida, tal renuncia a la reclamación constituiría, en nuestro concepto, una ratificación tácita de que los términos pactados como penalidad constituyen fiel reflejo de los daños que posteriormente se causaron.

Otra función que la doctrina asigna a la cláusula penal es la punitiva o sancionatoria.

Resulta evidente que una penalidad tendría función punitiva en la medida en que el monto de la misma exceda la cuantía real de los daños y perjuicios ocasionados, y que, adicionalmente, se llegue a pagar por el deudor incumpliente.

Ahora bien, si tenemos en consideración las facultades que el Código Civil de 1984 otorga al deudor para solicitar judicialmente la reducción de la penalidad, por estimarla manifiestamente excesiva, y si el deudor lograse que la misma se redujera, ello nos demostraría que el sistema adoptado por el Código puede conducir a que la cláusula penal carezca de función punitiva.

Por otra parte, la función punitiva podría mantenerse vigente en la medida en que el deudor, a pesar de que los daños y perjuicios sean menores que la penalidad pactada, no reclame su reducción. En estos casos, se debería entender que dicho deudor estaría aceptando tácitamente ser sancionado con la penalidad pactada.

Pero debemos reconocer que este último supuesto resultaría, en la práctica, extraño, y que en el Perú la función punitiva o sancionadora de la cláusula penal se encuentra totalmente relativizada.

Cabe aclarar, adicionalmente, que la doctrina asigna a la cláusula penal una función de simplificación probatoria.

En efecto, como sabemos se critica al Código Civil de 1984 porque la posibilidad de modificar el monto de la penalidad desnaturalizaría la institución bajo análisis, pues si el deudor puede solicitar su disminución cuando fuera manifiestamente excesiva, y si se faculta al acreedor

para pedir el aumento de la penalidad cuando fuese diminuta (en caso de pacto por reparación de daño ulterior), las partes tendrían que ingresar, necesariamente, a la probanza de los daños y perjuicios, lo cual importaría incurrir en lo que se quiso evitar mediante la estipulación de la cláusula penal.

Dicho en otros términos, ¿qué sentido tendría pactar una penalidad si, una vez verificada la inejecución, las partes se ven irremediablemente sumergidas en un engorroso proceso en el que tendrían que demostrar que los daños derivados del incumplimiento son en verdad mayores o menores —dependiendo del caso— que el monto de la cláusula penal?

Cabe señalar que este problema no se soluciona atribuyendo a quien solicite la modificación de la pena, la carga de probar que los daños infringidos sean mayores o menores que la penalidad pactada. En efecto, en los supuestos en que se solicite la reducción del monto de la pena, el deudor tendrá la carga de probar que los daños derivados de la inejecución son menores a la suma estipulada.

Sin embargo, un acreedor diligente, consciente de la posibilidad de que pueda reducirse el monto de la penalidad, necesariamente entrará al tema probatorio, aun cuando esta carga no le sea impuesta legalmente, a efectos de demostrar que los daños sufridos coinciden con el monto establecido en la cláusula penal, o que, incluso, son superiores a dicho monto.

Lo propio ocurre en el supuesto en que se solicite el aumento de la penalidad, habida cuenta de que, aun cuando el acreedor tenga que demostrar que los daños resultantes de la inejecución se encuentran por encima de la pena pactada, el deudor —qué duda cabe— buscará demostrar que la cláusula penal no solamente es suficiente sino, inclusive, excesiva, solicitando su reducción proporcional.

En ambos casos la probanza de los daños y perjuicios es inevitable. Por ello la desnaturalización de la cláusula penal resulta manifiesta.

Por otra parte, un sector de la doctrina señala que la cláusula penal tiene una función resolutoria.

La cláusula penal compensatoria tiene por finalidad sustituir la prestación incumplida. En tal sentido, si el acreedor perjudicado decidiera ejecutar la penalidad pactada, es evidente que ya no podría subsistir la obligación principal; o, dicho en otras palabras, el deudor no podría continuar obligado a cumplir la prestación principal.

Dentro de tal orden de ideas, si en los hechos ese deudor ya no está obligado a cumplir con la prestación principal, tal situación configuraría un caso muy similar al de la resolución de los contratos, pues la resolución tiene por finalidad dejar sin efecto un contrato por la existencia de un vicio sobreviniente al tiempo de su celebración. En este caso, analógicamente, dicho vicio se configuraría por el incumplimiento de la obligación principal del deudor.

Es claro que si la obligación principal ya no se debe, porque el acreedor perjudicado prefirió sustituirla por la penalidad pactada, el contrato seguiría existiendo, por ser válido, pero ya no surtiría efectos ni sería capaz de generarlos.

En tal sentido, dicha situación podría describirse como un acto de efectos similares a los de la resolución, pero sin ser, en estricto, un caso de resolución contractual.

Esta última afirmación obedece a que el Código Civil prescribe con claridad los supuestos de resolución contractual, los mismos que pueden tener carácter judicial o extrajudicial, de conformidad con lo dispuesto por sus artículos 1428, 1429 y 1430. Y entendemos, por tanto, que si el acreedor perjudicado no acudiera a alguno de estos mecanismos, no podríamos hablar de una resolución contractual propiamente dicha.

Es factible, desde luego, que el acreedor perjudicado también recurra a resolver el contrato, utilizando los mecanismos legales correspondientes. En estos casos no sólo tendremos una situación similar, en los hechos, a las consecuencias de la resolución de un contrato, sino que estaríamos ante un contrato jurídicamente resuelto.

De esta manera, es válido sostener que si la prestación incumplida garantizada con la cláusula penal fuese la de mayor importancia o una de importancia sustancial, o incluso la única asumida por el deudor, sería factible pensar que la cláusula penal tendría una finalidad resolutoria, debido a que el acreedor, en muchos casos, carecería de interés en que el deudor siguiese ostentando jurídicamente tal condición.

La conclusión es distinta, sin duda, cuando la cláusula penal es moratoria. Aquí no se resuelve contrato alguno y el deudor, además de la penalidad por mora, deberá cumplir la prestación principal.

Luego, otro sector de la doctrina señala que la cláusula penal tiene la función de pena acumulativa.

En el caso del Código Civil Peruano, y salvo que se hubiese pactado algo distinto, sólo podría cumplir función de pena acumulativa en la medida en que se tratara de una cláusula penal moratoria, ya que el cobro de ésta resultaría independiente del cobro de la prestación principal. El Código Civil señala expresamente este concepto en su artículo 1342.

Por otra parte, si la cláusula penal fuese compensatoria, y a pesar de que la citada norma no lo diga, se desprende de la naturaleza de la cláusula penal el que ésta no pueda acumularse a la prestación *in natura*, prohibición que, en cambio, sí es establecida expresamente por el artículo 1383 del Código Civil Italiano de 1942.

Finalmente, la doctrina asigna a la cláusula penal una función moratoria, lo que se encuentra expresado, como antes lo señalamos, en el artículo 1342 del Código Civil.

## 3. EXIGIBILIDAD DE LA CLÁUSULA PENAL

La doctrina señala dos condiciones generales para la aplicación de la cláusula penal: la existencia de una obligación principal válida y la validez de la pena estipulada.

En primer lugar, se requiere la existencia de una obligación principal válida, pues dada la naturaleza de la cláusula penal, como medida de garantía para el cumplimiento de las obligaciones, aparece como primera condición para que ella se aplique.

La segunda condición es la validez de la pena estipulada.

Partiendo de estas premisas, corresponde ahora referirnos a los requisitos de exigibilidad de la cláusula penal.

Este tema responde a la interrogante de cuáles son las condiciones que deben cumplirse para que el acreedor tenga derecho a reclamar la pena convencional.

### 3.1. Incumplimiento total o cumplimiento parcial, defectuoso, fuera de tiempo o de lugar de la obligación principal

En torno al incumplimiento de las obligaciones como primer requisito de exigibilidad de la cláusula penal, no compartimos el parecer de los autores que piensan que el incumplimiento debe recaer sobre

alguna prestación de carácter principal, y que la penalidad no resulta exigible cuando el incumplimiento recae sobre una obligación de menor importancia.

Con absoluta independencia de la posibilidad que brinda el artículo 1346 del Código Civil, en el sentido de que el deudor puede exigir la reducción de la pena cuando considere que ha ejecutado parcial o defectuosamente la obligación, resulta evidente que el acreedor podrá exigir la penalidad no obstante que el incumplimiento se haya derivado de una obligación de menor importancia.

Dentro de tal orden de ideas, es claro que el acreedor perjudicado no podría exigir la ejecución íntegra de la pena, pues el resto de prestaciones u obligaciones objeto del referido contrato habrían sido cumplidas.

Por lo demás, no resultaría procedente empezar a distinguir entre el incumplimiento de obligaciones que puedan calificarse como «importantes» y el incumplimiento de obligaciones susceptibles de denominarse como «poco importantes», en la medida en que ingresaríamos a un terreno fundamentalmente subjetivo, en el cual resultaría muy difícil distinguir cuándo nos encontraríamos ante obligaciones cuya inejecución diera lugar al reclamo de las penalidades pactadas y cuándo no.

En el Derecho de Obligaciones todas las relaciones jurídicas obligatorias garantizadas con cláusulas penales deben considerarse de igual importancia. Al fin y al cabo, dentro de la legislación nacional resultará aplicable la última parte del artículo 1346 del Código Civil, precepto que establece que el deudor podrá solicitar judicialmente la reducción de la pena cuando el cumplimiento hubiese sido parcial o irregular.

### 3.2. Constitución en mora del deudor

En el régimen legal peruano, teniendo en consideración que la regla general adoptada por el Código Civil en su artículo 1333 es la mora por intimación y no la mora automática, debemos concluir en que un deudor no se encontrará en mora por el incumplimiento de su obligación, si no se hubiese producido la intimación o requerimiento por el acreedor, a menos que se hubiese generado alguno de los casos de mora automática.

Dentro de tal orden de ideas, asumiendo que el deudor se encuentre en mora, ello implicaría que el acreedor ya pueda exigirle el cumplimiento de la penalidad moratoria.

Si el acreedor no exigiera de inmediato el pago de la penalidad moratoria, ello significaría que tal acreedor podría requerir su cumplimiento en el momento que lo considere pertinente, permitiendo inclusive, en su caso, que el monto de la pena se incremente.

Por otra parte, si no se constituyera en mora al deudor por el cumplimiento de la obligación principal, él no se encontraría en mora y, por lo tanto, no se le podría exigir el pago de la cláusula penal moratoria.

En consecuencia, cuando el deudor es constituido en mora por el incumplimiento de la obligación principal, automáticamente se derivan las consecuencias moratorias penales, no teniéndose que exigir, necesariamente, su pago.

Cabe señalar, adicionalmente, que si las partes contratantes hubiesen convenido una cláusula penal para el caso en que el deudor incumpliera una obligación de no hacer, es claro que el acreedor usualmente tendría expedito su derecho para reclamar el cumplimiento de la pena convencional compensatoria.

Conviene aquí recordar, como lo indicáramos oportunamente, que en la gran mayoría de supuestos la constitución en mora —y por tanto la penalidad moratoria— es ajena a las obligaciones de no hacer. Se entiende que en estos casos la simple acción del deudor viola la obligación y no es necesario, por consiguiente, que el acreedor le recuerde que debe abstenerse de actuar para exigirle la cláusula penal.

No obstante, también debemos recordar que excepcionalmente, y de acuerdo con la naturaleza de determinadas obligaciones, sobre todo de aquellas de ejecución continuada o periódica, podría resultar factible la constitución en mora del deudor en las obligaciones de no hacer.

De ser ello posible, tendríamos que concluir en que, habiéndose pactado una cláusula penal moratoria, el acreedor, a partir del momento de la constitución en mora, tendría el derecho a exigir la referida penalidad moratoria.

Si en este caso también se hubiese pactado una penalidad compensatoria, esta última sólo podría ser exigida en la medida en que el

incumplimiento moratorio se hubiese convertido en incumplimiento absoluto de la obligación, con la salvedad de que la penalidad compensatoria podría ser adicionada a la penalidad moratoria, si esta última se hubiere pactado y devengado.

### 3.3. Que el incumplimiento sea imputable al deudor

Un sector mayoritario de la doctrina concibe que la vigencia de la cláusula penal requiere que la inejecución de la prestación principal sea imputable al deudor, esto es que medie dolo o culpa. Los autores agregan que si el incumplimiento se debiera a caso fortuito o fuerza mayor, la pena no sería exigible.

Esta posición se encuentra notoriamente influida por la doctrina francesa, la que afirma que siendo la imputabilidad, a título de culpa o dolo, uno de los requisitos para la procedencia de la acción de daños y perjuicios del Derecho Común, lo es también para la aplicación de la cláusula penal.

Como vimos al desarrollar el tema de la inejecución de obligaciones, basta, como regla general, actuar con la diligencia ordinaria requerida, para no ser responsable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento irregular, y en estos casos no sería exigible la cláusula penal. Es justamente este principio el que determina las consecuencias de la ausencia de culpa.

En caso de ausencia de culpa, el deudor no está obligado a probar el hecho positivo del caso fortuito o de fuerza mayor, es decir la causa del incumplimiento por un evento de origen conocido pero extraordinario, imprevisto e inevitable. En la ausencia de culpa el deudor simplemente está obligado a demostrar que prestó la diligencia que exigía la naturaleza de la obligación y que correspondía a las circunstancias del tiempo y del lugar, sin necesidad de acreditar el acontecimiento que ocasionó la inejecución de la obligación.

Luego tenemos el caso en que el deudor incumple la obligación principal debido a culpa del acreedor. Aquí la cláusula penal no se debe, pues el incumplimiento del deudor es imputable al acreedor. Ésta era la solución en el Derecho Romano y actualmente es aceptada por la doctrina moderna, aun por aquéllos que atienden exclusivamente a la función compulsiva de la cláusula penal.

Luego de lo expuesto, y como criterio general, podemos afirmar que para que proceda el pago de la cláusula penal, deberá presentarse necesariamente la culpabilidad del deudor. Sin embargo, cabría formularnos la siguiente interrogante: ¿podría pactarse que se exigirá la pena aun en el supuesto de que el incumplimiento de la obligación principal no se deba a culpa del deudor?

La doctrina coincide en la validez de los pactos por los cuales el deudor asume los riesgos de la contratación, pero difiere en cuanto a la naturaleza jurídica de ellos cuando se ha pactado una cláusula penal.

El Código Civil Peruano permite, en virtud del artículo 1343, que el cumplimiento de la cláusula penal pueda demandarse aun cuando la inejecución de la obligación principal por el deudor no obedezca a dolo o culpa, en la medida en que exista pacto expreso. Dicho precepto señala una característica esencial de la pena convencional:

> Artículo 1343.- «*Para exigir la pena no es necesario que el acreedor pruebe los daños y perjuicios sufridos. Sin embargo, ella sólo puede exigirse cuando el incumplimiento obedece a causa imputable al deudor, salvo pacto en contrario*».

En consecuencia, podemos afirmar que para la exigibilidad de la pena es necesario el requisito de imputabilidad del deudor, a no ser que se pacte la cláusula penal para los casos en que el incumplimiento o cumplimiento defectuoso haya sido sin culpa de éste.

Por último, consideramos necesario mencionar un supuesto adicional. Nos referimos al caso del incumplimiento producido por hechos imprevisibles cuando existe mora del deudor.

En nuestra opinión, el deudor en mora responde necesariamente de la indemnización de daños y perjuicios derivada del retraso en el cumplimiento de la obligación. Es decir, siempre resulta exigible el cumplimiento de la cláusula penal pactada. El deudor en mora también deberá la pena convencional, desde luego, por el deterioro o la pérdida de la prestación, aun cuando se produzca por causa que no le sea imputable. Podrá, sin embargo, evitar el pago si probara que la causa no imputable la habría afectado aunque se hubiera cumplido a su debido tiempo.

Ahora bien, conforme acabamos de observar, el artículo 1343 del Código Civil Peruano exime al acreedor de la prueba de los daños y perjuicios.

Esta norma constituye una clara excepción a la regla general del artículo 1331 de dicho Código, que dispone que «*La prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso*».

Como la pena convencional importa la fijación anticipada de las pérdidas y los daños, estaría de más que el acreedor alegue y compruebe el perjuicio, ya que el deudor no podría pretender liberarse demostrando que él no ha existido.

Según la doctrina consultada, esta prescripción obedece a tres razones. En primer lugar, las partes acordaron la pena para el caso de inejecución o de mora; ocurrido el hecho previsto, la pena se aplica. La inejecución y la mora equivalen a condiciones suspensivas, a las que está subordinada la pena. Luego, la pena se establece para evitar la discusión de las pérdidas y daños; consecuentemente, no hay que debatir esa materia. Las partes previamente aceptaron que la inejecución o la mora serían perjudiciales. Es una presunción que favorece al acreedor y que no se destruye por alegaciones contrarias del deudor. En tercer lugar, la cláusula penal, además de ser una prefijación de las pérdidas y los daños, también funciona como fuerza coercitiva para constreñir al deudor a cumplir su promesa y como reacción punitiva contra el ilícito civil de inejecución o de mora. Bajo esta relación, consideramos que está excusada la prueba del perjuicio.

Se aprecia, entonces, que la cláusula penal tiene dentro de sus funciones aquélla de simplificación probatoria, vale decir, que no resultará necesario que el acreedor pruebe la existencia de daños y perjuicios para poder reclamar la cláusula penal, ya que la misma constituye su valorización anticipada.

Es así que se sostiene que aspecto distinto sería el considerar si en la realidad se producen o no los daños y perjuicios y, de originarse, si se generan en la magnitud correspondiente a la penalidad pactada.

Pero, independientemente de tales circunstancias, resulta innegable que dentro de cualquiera de los sistemas legislativos, bastará que el acreedor pruebe el incumplimiento del deudor para que pueda exigir la penalidad. Corresponderá al deudor, por tanto, demostrar que la inejecución de la obligación se debió a causa que no le es imputable, para eximirse del pago de tal penalidad. Estos principios son plenamente aplicables en el Perú.

Ahora bien, si analizamos el esquema expuesto dentro del régimen legal peruano, la solución no será exactamente la misma, en la medida en que, de producirse el incumplimiento culposo o doloso del deudor, el acreedor podrá exigir la penalidad pactada, pero el deudor podrá solicitar al juez su reducción, de haberse producido un incumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación o si el deudor considerase que la penalidad es excesiva con respecto a la entidad de los daños y perjuicios verdaderamente causados al acreedor.

Así, más allá de las consideraciones negativas en torno a este sistema, conviene advertir que dentro de la ley peruana es posible que el deudor exija la reducción de la penalidad y que, por tanto, el tema de la entidad de los daños y perjuicios termine como materia probatoria.

## 4. MOMENTO DE ESTIPULACIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL

Con relación a la oportunidad para pactar la cláusula penal, la mayoría de los autores sostiene que la cláusula penal se puede estipular al tiempo de constituirse la obligación principal, o posteriormente, pero siempre antes de la inejecución de la misma. Sin embargo, en este último supuesto se exige desde luego que medie la conformidad del deudor.

Sobre este punto la legislación nacional sigue la misma línea de pensamiento, tal cual se aprecia en el numeral 1344 del Código Civil:

> *Artículo 1344.- «La cláusula penal puede ser estipulada conjuntamente con la obligación o por acto posterior».*

Señala el artículo 1344 del Código Civil Peruano, que la cláusula penal puede ser estipulada conjuntamente con la obligación o por acto posterior. Pero, aunque el Código no lo dice, es evidente que ella no puede ser concertada después del incumplimiento.

Asimismo, si destacamos el carácter indemnizatorio que cumple la cláusula penal en nuestro ordenamiento jurídico, vale decir si sostenemos que ésta es la valuación anticipada de los daños y perjuicios para el caso de inejecución, resulta evidente que sólo podrá pactarse antes del incumplimiento.

Lo común, sin duda, es que la cláusula penal se contraiga en el mismo contrato cuya obligación se asegura o para cuya hipotética mora en su cumplimiento se pacta. Sin embargo, no sería inusual que las par-

tes, no habiendo estipulado la penalidad al momento de la celebración del contrato, la convinieran con posterioridad a su concertación.

Imaginamos que los supuestos en que se pacte una penalidad con posterioridad a la conclusión del contrato serán, sobre todo, aquéllos en los cuales existe algún peligro de que el deudor inejecute el cumplimiento de su obligación, y que, por tal motivo, el acreedor lo presione para que celebre la estipulación correspondiente.

Así también conviene insistir en que el pacto de la cláusula penal concertado con posterioridad al momento de la celebración del contrato, sólo se podrá estipular cuando no haya habido incumplimiento y cuando falten prestaciones por ejecutar a cargo del deudor, ya que de lo contrario, aparte de desnaturalizar la figura bajo tratamiento, ello carecería de sentido. No hay duda de que después del incumplimiento las partes pueden fijar el monto de la indemnización de daños y perjuicios, pero este acuerdo no revestiría las características de una cláusula penal, pues él podría constituir una transacción, en caso de que se ponga fin a un asunto dudoso o litigioso mediante las concesiones recíprocas de pretensiones, o simplemente un reconocimiento de derechos, si el deudor acepta pagar íntegramente los daños y perjuicios reclamados por el acreedor.

## 5. ACCESORIEDAD DE LA CLÁUSULA PENAL

Otro aspecto importante es que la cláusula penal es accesoria de la obligación principal, lo que se encuentra establecido en el artículo 1345 del Código Civil:

> *Artículo 1345*.- «*La nulidad de la cláusula penal no origina la de la obligación principal*».

Para calificar a la cláusula penal como una obligación accesoria, no nos debemos fijar si ella está destinada a reemplazar o no, en calidad de indemnización, a la obligación que garantiza, o si la cláusula penal tiene función moratoria y, por tanto, podría ser complementaria de la obligación principal.

Para dicha calificación sólo debemos preguntarnos si ella puede o no tener existencia sin la propia existencia de la obligación que garantiza, y como la respuesta negativa es evidente la cláusula penal resulta ser una obligación accesoria.

En nuestra opinión, por otra parte, es cuestionable pretender sustentar la accesoriedad de la cláusula penal en el hecho de que ella tiene carácter indemnizatorio, porque ello no sería sino apreciar el problema de una manera distorsionada.

La obligación de pagar daños y perjuicios no tiene carácter accesorio, pues cuando la ley le da nacimiento, no lo hace con carácter accesorio sino principal.

Mal haríamos en pensar que la obligación de pagar daños y perjuicios tiene carácter accesorio por el hecho de que la obligación que le precedió era distinta, ya que cuando existía esa obligación primigenia, ni siquiera había nacido la obligación indemnizatoria.

Con lo expresado, queremos demostrar que resulta cuestionable el carácter accesorio de la obligación de pagar daños y perjuicios. Por ello, no se podría adoptar este argumento para sustentar la naturaleza accesoria de la cláusula penal.

Por último, el que tenga carácter compensatorio o moratorio, es decir, que sea sustitutoria o acumulativa de la prestación principal, no influye, en lo absoluto, para calificar la naturaleza de la penalidad.

Aclarado esto, debemos precisar que constituye primera y fundamental consecuencia de la accesoriedad de la cláusula penal, el hecho de que la nulidad de la obligación garantizada por ella acarrea la nulidad de la cláusula penal. Se trata de la simple aplicación del antiguo y muy recurrido principio de que «lo accesorio sigue la suerte de lo principal».

No obstante lo expresado, se requiere distinguir diversas situaciones.

Así, una primera estaría constituida por el supuesto en el cual la nulidad afectara al acto jurídico en su conjunto. Estamos refiriéndonos al caso en que el acto jurídico de donde emana la obligación principal fuera nulo.

En tal sentido, debe tenerse presente para el análisis del tema lo establecido por el artículo 224 del Código Civil Peruano, el que prescribe que la nulidad de una o más de las disposiciones de un acto jurídico no perjudica a las otras, siempre que sean separables (argumento del primer párrafo del referido numeral).

Esto significa que si un contrato se encontrara viciado de nulidad absoluta, y la causa de dicha nulidad no pudiera conducir a la separación (y subsistencia como válidas) de aquellas cláusulas que no son nulas, entonces todo el acto jurídico sería nulo, resultando indiferente si el vicio de esa nulidad estaba referido a la obligación principal garantizada con cláusula penal o a cualquiera de las otras obligaciones que dicho acto originaba.

De lo expresado también resulta evidente que si el acto contenía la cláusula penal, es decir, si se había pactado en el mismo contrato de cuya nulidad estamos hablando, ella sería nula «por partida doble».

En primer lugar, su nulidad se originaría por aplicación de lo dispuesto en el citado primer párrafo del artículo 224 del Código Civil. Luego lo sería por aplicación del principio de que «lo accesorio sigue la suerte de lo principal». Además, este principio de accesoriedad se encuentra regulado expresamente por la ley, cuando en el tercer párrafo del artículo 224 del Código Civil se establece que la nulidad de la obligación principal conlleva la de las obligaciones accesorias, pero la nulidad de éstas no origina la de la obligación principal.

Por otra parte, cabe la posibilidad de que la cláusula penal hubiese sido pactada en un acto o contrato distinto de aquel a cuya nulidad nos estamos refiriendo.

En este último caso, es evidente que el acto que contiene la cláusula penal no sería nulo en virtud de lo dispuesto por el primer párrafo del artículo 224, pero sí en aplicación del principio de que «lo accesorio sigue la suerte de lo principal».

Ahora bien, debemos dejar establecido que también resultaría aplicable lo dispuesto por el tercer párrafo del artículo 224 del Código Civil, ya que dicha norma, al establecer que la nulidad de la obligación principal conlleva la nulidad de las obligaciones accesorias, no hace distinción entre si las obligaciones accesorias y la obligación principal tuvieron su origen en un mismo acto jurídico o si nacieron de actos jurídicos distintos.

Más allá de que no cabe distinguir donde la ley no distingue, resulta evidente que la consecuencia debe ser la misma para ambos casos, habida cuenta de que lo que se encuentra en juego aquí es el principio de accesoriedad de una obligación con respecto a otra, y no

de un acto jurídico en sí mismo, razón por la cual resulta absolutamente intrascendente si dichas obligaciones tuvieron su origen en el mismo acto jurídico o en actos jurídicos distintos.

En segundo término, debemos analizar el caso de si el vicio de nulidad sólo afecta a la obligación principal garantizada por la cláusula penal, y no al resto de obligaciones generadas por el contrato de donde emana la obligación principal, afectada de nulidad.

En este caso, si fuese divisible la obligación principal nula de las demás cláusulas, ello tendría como consecuencia que el acto jurídico seguiría subsistiendo como válido sin la presencia de aquella obligación principal que se encontraba garantizada por la cláusula penal.

Lo expresado significa que dicha obligación, al igual que la cláusula penal que la garantizaba, sería nula, subsistiendo el acto jurídico en lo demás que contiene.

Dentro de tal orden de ideas, será evidente que si la nulidad afectase a otras cláusulas del acto y no a aquella obligación principal garantizada con la cláusula penal, el referido acto jurídico podría subsistir incluyendo a la obligación garantizada con cláusula penal, siempre y cuando resultara aplicable al mismo el principio de divisibilidad a que hemos hecho referencia y que se encuentra contenido en el primer párrafo del artículo 224 del Código Civil.

Cabe también subrayar la posibilidad de que la cláusula penal hubiese sido estipulada para garantizar el cumplimiento no sólo de una, sino de dos o más obligaciones nacidas de un contrato.

Si ello fuera así, debería señalarse la posibilidad de que alguna o algunas de dichas obligaciones principales fuesen nulas.

En tal caso, y siempre aplicando el principio de divisibilidad contenido en el primer párrafo del artículo 224 del Código Civil, deberíamos concluir en que la cláusula penal subsistiría, garantizando únicamente aquellas obligaciones que fueran válidas.

En tercer lugar, debemos mencionar el supuesto en el cual el vicio de nulidad afecte sólo a la cláusula penal. En este caso, la solución es evidente, pues si bien lo accesorio sigue la suerte de lo principal, lo principal no sigue necesariamente la suerte de lo accesorio; lo que equivale a decir que la obligación o las obligaciones principales garantizadas

con la cláusula penal seguirían manteniendo plena validez, a pesar de la nulidad de la cláusula penal.

En tal sentido, mal podrían seguir siendo denominadas como obligaciones «principales», en la medida de que ya no podrían ser confrontadas con aquélla que era obligación «accesoria» (la cláusula penal), pues la misma ya no existiría.

La posibilidad de que aquí pudiera quebrantarse el principio de que lo principal no necesariamente sigue la suerte de lo accesorio, se daría en el caso, por ejemplo, de que la cláusula penal nula fuese la única estipulación inválida de una transacción, ya que de acuerdo a lo dispuesto por el primer párrafo del artículo 1310 del Código Civil, la transacción es indivisible y si alguna de sus estipulaciones fuese nula o se anulase, ella quedaría sin efecto, salvo pacto en contrario.

Por otra parte, y luego de haber expresado nuestra opinión en torno a la nulidad absoluta como efecto accesorio de la cláusula penal, debemos manifestar nuestro parecer en torno a la anulabilidad.

Precisa señalarse que resultarán aplicables a este tema, *mutatis mutandis*, las ideas vertidas al analizar el caso de la nulidad.

No obstante, es necesario aclarar que la anulabilidad puede tener algunas soluciones distintas, en la medida en que el acto anulable, mientras no sea declarado nulo, vale decir, mientras no exista sentencia judicial con carácter de cosa juzgada que así lo establezca, será un acto válido. Como se sabe, el acto anulable sería un acto de validez actual e invalidez pendiente.

Dentro de esos conceptos, cabría la posibilidad de que un acto afectado de un vicio de anulabilidad nunca sea declarado nulo, por las más diversas razones, dentro de las cuales se podrían encontrar el que la parte afectada nunca hubiera demandado su anulación o que, habiéndolo hecho, su demanda hubiera sido interpuesta después de haber vencido el plazo de prescripción establecido por el artículo 2001, inciso 4, del Código Civil Peruano, esto es, luego de dos años contados desde el momento de la celebración del acto, y, naturalmente, el demandado hubiese deducido la excepción de prescripción.

En adición a lo expuesto, cabría efectuar respecto al tema de la nulidad y la anulabilidad diversos comentarios en torno a la posible combinación de situaciones, como sería el caso en que la obligación

principal fuese anulable y la cláusula penal nula; el caso inverso, o algunas otras situaciones similares, pero relativas a las demás cláusulas del acto o al acto jurídico en su conjunto.

Sin embargo, nos abstendremos de ingresar al estudio de estos temas, en la medida de que ello resultaría en extremo casuístico y desproporcionado con los objetivos de nuestro trabajo, y que su solución, usualmente, se hallaría aplicando los principios que acabamos de analizar.

Como lo hemos visto, es claro el principio de que la nulidad de la obligación principal acarrea la nulidad de la cláusula penal que asegura o garantiza específicamente dicha obligación principal. Pero, luego de pronunciarse acerca de la nulidad, la doctrina también señala que en términos generales la extinción de la obligación principal acarrea la extinción de la obligación accesoria.

En tal sentido, lo primero que resulta necesario establecer es que la nulidad es una especie del género llamado extinción de la obligación principal. En otras palabras, la nulidad de la obligación principal es una de las tantas causas por las cuales se extingue dicha obligación, pero no la única.

El propio Código Civil establece numerosos supuestos en los cuales una obligación puede extinguirse. Nos vamos a referir a aquellos que constituyen medios extintivos de las obligaciones.

Como se recuerda, el medio extintivo idóneo de las obligaciones es el pago, que no es otra cosa que el cumplimiento de la prestación en los términos convenidos.

En tal sentido, resultará absolutamente claro que si una obligación es pagada, la cláusula penal que la aseguraba no tendría razón de ser; ello, por cuanto la cláusula penal tiene por finalidad asegurar el cumplimiento de la obligación y, en tanto tal obligación hubiese sido cumplida, no tendría razón de existir, salvo que hubiera sido pactada para asegurar el cumplimiento oportuno de la obligación, y éste se hubiese producido de manera tardía, lo que equivale a decir que se habrían generado daños y perjuicios moratorios, que deberán ser indemnizados con la penalidad moratoria pactada.

Por otra parte, podríamos imaginar que si bien se hubiese ejecutado la obligación, su cumplimiento hubiera sido parcial o defectuoso. En

este caso, como la cláusula penal habría tenido función compensatoria, sería evidente que ella subsistiría a pesar de que la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida.

En otras palabras, dejamos en claro que la cláusula penal dejará de tener existencia en la medida de que la obligación principal que garantiza hubiese sido cumplida de manera idónea, no ocurriendo lo mismo si existiesen reclamos de orden compensatorio o moratorio. Se podría decir que en estos casos la cláusula penal adquiere autonomía con respecto de la obligación principal, no aplicándose el principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

En segundo término, debemos plantearnos el caso en el cual nos encontramos en presencia de una cláusula penal que garantice el cumplimiento de una obligación principal que genere intereses.

Como sabemos, la deuda de intereses posee cierta autonomía con respecto a la obligación principal de la cual emanan. Ello acarrea como consecuencia que sea factible la subsistencia de la deuda de intereses en el supuesto en el cual la obligación principal ya se hubiese pagado y quedara pendiente de pago un saldo de esos intereses.

Dicha situación nos conduce necesariamente a afirmar que si la obligación que generaba intereses se encontraba garantizada por una penalidad, tal penalidad subsistiría como garantía del pago de los intereses adeudados, a pesar de que la obligación principal ya se hubiese extinguido.

Éste sería otro supuesto en el cual se quebrantaría la solidez del principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, en lo que atañe a las cláusulas penales.

Por otra parte, resulta necesario mencionar las consecuencias de la cláusula penal en materia consignatoria.

Como sabemos, el pago por consignación constituye el mecanismo que la ley otorga a los deudores para ejercer el derecho de pagar.

Dentro de tal orden de ideas, la consignación válidamente efectuada extingue la obligación con efecto retroactivo al día del ofrecimiento de pago; esto implicaría que en tanto se haya pagado la prestación por haberse consignado lo debido, también se habría extinguido la cláusula penal pactada, en la medida en que ya no habría obligación alguna que garantizar.

Sin embargo, resulta importante reparar en que la extinción de la cláusula penal estará a las resultas de la sentencia del proceso en el cual se discuta la procedencia o improcedencia de la consignación. De esta forma, siguiendo la ficción legal anotada, la extinción de la cláusula penal se entenderá producida retroactivamente al momento del ofrecimiento de pago, en caso que proceda la consignación.

Por otra parte, en la imputación del pago el tema de la accesoriedad de la cláusula penal tampoco ofrecerá mayores inconvenientes, habida cuenta de que aquí se procederá a imputar el pago a alguna de las deudas que eventualmente mantuviera el deudor con el acreedor.

Si al momento de efectuar el pago, el deudor lo imputara a alguna de sus obligaciones (y no hubiese argumento legal que le impida hacerlo), entonces, desde ese momento se extinguirá dicha obligación, la misma que —vamos a suponerlo— estaba garantizada por una cláusula penal.

Si el deudor no imputara el pago, el acreedor gozaría del derecho de hacerlo cuando otorgue al deudor el recibo correspondiente. En esta eventualidad será posible que el acreedor impute el pago a la obligación garantizada con cláusula penal o a alguna que no lo estuviese. En el primer caso resultará evidente que se producirá la extinción de la obligación garantizada. En el segundo, ella se mantendrá vigente.

En el supuesto en que ni el deudor ni el acreedor hayan procedido a imputar el pago, al mantenerse la incertidumbre en torno a cual de las obligaciones es aquélla que se ha pagado, no podríamos hablar de la extinción de la cláusula penal. Pero, de presentarse un conflicto entre las partes y se tuviera que aplicar la solución de la imputación legal, contemplada por el artículo 1259 del Código Civil, entonces la primera opción de esta norma es la de considerar que se aplicará el pago a la deuda menos garantizada. Cabe señalar, en tal sentido, que si una deuda estuviese garantizada por una cláusula penal, y otra u otras deudas fueran simples y sin garantía alguna, debería considerarse que la deuda respaldada por la cláusula penal es aquélla que se encuentra más garantizada que las demás, en función a que si bien es cierto que la cláusula penal no representa una garantía en sentido estricto, en sentido amplio sí lo es.

Por otra parte, debemos referirnos a la cláusula penal y a la dación en pago.

Como sabemos, en virtud de lo dispuesto por el artículo 1265 del Código Civil, el pago queda efectuado cuando el acreedor recibe como cancelación total o parcial una prestación diferente a la que debía cumplirse. En este sentido, si se produjese la extinción de la obligación a través de dicho medio, en ese preciso instante dejaría de tener existencia la cláusula penal que garantizaba o respaldaba su cumplimiento.

En torno al tema del pago indebido, podemos afirmar que no se producirá la extinción de la obligación, en la medida en que no se haya pagado la obligación principal. Así, si el pago indebido condujo a que el deudor no pagara la obligación que le correspondía pagar, es decir, en nuestro caso aquélla garantizada con cláusula penal, dicha obligación se mantendría vigente. El deudor verá extinguida la referida obligación y, por tanto, la cláusula penal dejará de tener existencia, en el momento en que efectivamente logre pagar la obligación a aquél a quien le debía y no le había pagado.

Ya en sede de novación, cabe afirmar que si la obligación que estuviese respaldada por una cláusula penal fuese novada por otra, en ese mismo momento habría dejado de tener existencia la cláusula penal, pues al haber desaparecido la obligación principal, la penalidad habría corrido la misma suerte, en virtud de lo establecido por el primer párrafo del artículo 1283 del propio Código Civil, precepto que señala que en la novación no se trasmiten a la nueva obligación las garantías de la obligación extinguida, salvo pacto en contrario.

Ahora bien, si mediante pacto se produjese esa renovación de garantías, específicamente en lo que respecta a la penalidad que respaldaba el cumplimiento de la primera obligación, dicha penalidad recién se volvería a ver extinguida cuando se extinguiese la segunda obligación, sea por el medio que fuere.

Por otra parte, si la obligación garantizada con la cláusula penal se extinguiese por compensación unilateral (artículo 1288 del Código Civil) o bilateral (artículo 1289 del acotado), será ese el instante en el cual se verá extinguida la cláusula penal que respaldaba su cumplimiento.

De otro lado, también es claro que la cláusula penal se verá extinguida cuando el acreedor acuerde con el deudor la condonación de la deuda, en virtud de lo dispuesto por el artículo 1295 del Código Civil.

Lo propio ocurrirá si la obligación garantizada con la penalidad se extingue en virtud de la consolidación, por reunirse en una misma persona las calidades contradictorias de acreedor y de deudor; pero si se produjera el cese de la consolidación, la obligación extinguida renacería con todos sus accesorios (incluida una eventual cláusula penal), sin perjuicio del derecho de terceros. Para el caso que nos ocupa, es claro que si la cláusula penal hubiese sido otorgada por un tercero, ella no renacería si cesara la consolidación.

La transacción, como sabemos, es un medio extintivo de obligaciones, pero que, dadas sus características y amplitud, también podría revestir la calidad de creadora, reguladora o modificatoria de obligaciones. Se la emplea como un medio para la solución de problemas existentes entre las partes, con independencia de si se extinguen plenamente las obligaciones pendientes de cumplimiento. Dentro de tal orden de ideas, es lógico pensar que la transacción pueda extinguir alguna relación obligatoria que se encontrara garantizada con cláusula penal o, a su turno, crear, regular o modificar alguna obligación garantizada con dicha cláusula.

Finalmente, nos referiremos a la cláusula penal y el mutuo disenso. Como sabemos, a través del mutuo disenso las partes que han celebrado un acto jurídico acuerdan dejarlo sin efecto. Pero, para que exista mutuo disenso, las partes que lo celebran deben tener obligaciones pendientes de cumplimiento. En caso contrario se trataría de una condonación.

Conforme a lo expresado, resulta evidente que dentro de las obligaciones extinguidas por mutuo disenso, perfectamente se podría encontrar alguna garantizada con cláusula penal. En el caso de este medio extintivo de obligaciones sí se aplicaría el principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

## 6. REDUCCIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL

Como ya lo hemos señalado, nuestro ordenamiento jurídico permite que el juez reduzca el monto de la pena. Así, el artículo 1346 del Código Civil establece:

> Artículo 1346.- «*El juez, a solicitud del deudor, puede reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida*».

La doctrina y la legislación comparada ofrecen variadas soluciones al problema que suscita la modificación de la cláusula penal, que renueva, una vez más, el antiguo conflicto que plantea la vida del Derecho: la seguridad, mediante la inmutabilidad de la cláusula penal, y la equidad, permitiéndose su revisión.

Las alternativas son numerosas.

Puede optarse por el sistema del Derecho Alemán y del Derecho Suizo, que permite la modificación de la cláusula penal, para aumentar o disminuir la indemnización fijada convencionalmente por los contratantes, a solicitud de cualquiera de ellos. O por el sistema del Código Civil Peruano de 1936, que obligaba al juez a reducir la pena cuando era «manifiestamente excesiva», pero no permitía aumentarla. Por la doctrina de Ángel Ossorio y Gallardo, que admite la supresión de la pena cuando se prueba que el acreedor no ha sufrido perjuicios por la inejecución o por el retardo en el cumplimiento de la obligación. Por la regla original del Código Napoléon, que sancionaba la inmutabilidad de la cláusula penal. O, finalmente, por la norma del Código Civil Brasileño de 1916, que no permite modificar la cláusula penal, pero que la limita en su cuantía.

El aumento o disminución de la indemnización convencional prevista por el acreedor y por el deudor, a solicitud de cualquiera de ellos, a pesar de los diversos fundamentos que se han señalado a su favor «con referencia a la moral y a las buenas costumbres, al enriquecimiento sin causa, al abuso del derecho, a la necesidad de moralizar el derecho y reprimir el negocio usurario, etc.»,[209] parece conspirar contra la seguridad contractual que se buscaba.

Si la cláusula penal se estipula con el fin de evitar el debate sobre la existencia de los perjuicios y su cuantía, conceder a los jueces la facultad de modificarla significa, en numerosos casos, abrir la controversia sobre la existencia de tales perjuicios y sobre su monto.

Vemos entonces que se sustituye el pacto libremente concertado por las partes —con la misma libertad con la que concertaron la obligación cuyo cumplimiento se trató de asegurar con una cláusula penal—, por un juicio complejo y costoso en que se objeta ese pacto,

---

209 CAZEAUX, Pedro N. y Félix A. TRIGO REPRESAS. *Op. cit.*, tomo I, p. 245.

pues si la pena debe ser razonablemente proporcional al daño sufrido por el acreedor, a la gravedad de la falta, a los intereses en juego y a la propia situación de las partes, es inevitable que se discuta y pruebe la existencia de los perjuicios y su cuantía.

Los jueces tienen la obligación de pronunciarse según las pruebas que aporten las partes. En ausencia de ellas mal podría un juez aumentar o reducir la indemnización fijada contractualmente cuando el deudor se obligó a entregar costosas máquinas industriales (obligación de dar) y no cumplió el contrato; o cuando el deudor se obligó a construir una fábrica (obligación de hacer) e incumplió la obligación; o cuando el deudor se obligó a no revelar un secreto (obligación de no hacer) y violó esta obligación.

¿Podría un juez, en estos casos, decidir si la indemnización es excesiva o insuficiente tan sólo con criterio de conciencia y sin que se actuaran las pruebas de la existencia o inexistencia de los perjuicios, o de su cuantía? ¿O sería necesario, para que el juez modificara la pena, que se demostrara indubitablemente que el acreedor sufrió perjuicios superiores o inferiores a los pactados? Parece claro que es esta última solución la que debe prevalecer.

Hay que reconocer que en algunos casos la simple apreciación judicial, sin necesidad de pruebas, puede conducir al juez, que actúe con criterio de conciencia, a la convicción de que la pena pactada es excesiva o insuficiente. Pero también hay que recordar que en numerosas ocasiones las complejas relaciones contractuales, la fisonomía propia de los convenios cuyo cumplimiento se trató de asegurar con una cláusula penal, no permiten al juez pronunciarse sin pruebas. Y si el juez, en estos casos, modifica la pena sin que se acrediten los perjuicios, se arriesga a cometer una arbitrariedad.

Desde este punto de vista, cuando es el acreedor quien pretende que el monto de la indemnización fijado por la cláusula penal es insuficiente para reparar los perjuicios que le ha ocasionado la inejecución de la obligación, deberá probar su cuantía. Obviamente, dentro del marco legal peruano, sólo lo podría hacer de haberse pactado la indemnización del daño ulterior.

Y cuando es el deudor quien manifiesta que la pena es excesiva, porque el acreedor sufrió perjuicios inferiores a los pactados o no sufrió

perjuicios por el incumplimiento, entonces es a tal deudor a quien le corresponderá probar estos hechos.

Pero en ambos casos se da paso a un debate que las partes, justamente por haber estipulado una cláusula penal, quisieron evitar.

Cuando el deudor solicita la reducción de la cláusula penal existe una simple reversión de la carga de la prueba. Recordemos que en los casos en que opera la indemnización judicial corresponde al acreedor probar la existencia de los perjuicios y su monto (artículo 1331 del Código Civil Peruano de 1984). Pero, cuando se estipula una indemnización convencional, y el deudor pretende que sea reducida, toca a él acreditar que la pena es excesiva o injustificada, demostrando que el acreedor sufrió perjuicios inferiores a los previstos en la cláusula penal, o que no sufrió perjuicio alguno.

Aun en estos casos de reversión de la carga de la prueba, un acreedor prudente tendría que demostrar la existencia de los perjuicios y su cuantía, para evitar que el juez, no obstante que el deudor alegó pero no probó que la pena fuera excesiva, ordenara su reducción.

El riesgo de que el acreedor pudiera ver reducida la cláusula penal, con pruebas o sin pruebas, lo conduciría, necesariamente, a acreditar los perjuicios y su cuantía.

Y bien, si admitimos que generalmente es necesario incursionar en el terreno probatorio, y si se demuestra fehacientemente que el acreedor no sufrió perjuicios, ¿cómo se justificaría mantener la obligación del deudor al pago de una indemnización? Porque debe observarse que las legislaciones alemana y suiza, iniciadoras de estas nuevas corrientes en el Derecho moderno, aceptan la reducción de la pena, mas no su supresión.

¿Debe el juez mantener una sanción pecuniaria, aunque sea simbólica, si se demuestra que el acreedor no sufrió perjuicios por el incumplimiento del deudor?

Si se acepta lo que se quiso evitar con la cláusula penal, si se admite el debate sobre la existencia de los perjuicios y sobre su cuantía, y si el deudor demuestra que el acreedor no sufrió perjuicios, no debería el juez estar obligado a mantener vigente el pago de una indemnización.

Parece pues congruente la tesis de Ángel Ossorio y Gallardo, cuando consigna, en el artículo 767 del Anteproyecto de Código Civil Boliviano de 1943, que si no hay daños ni perjuicios no será exigible la pena.

Puede agregarse, en apoyo de la tesis que rechaza la modificación de la cláusula penal, que el pacto por el que se fija esta indemnización convencional no compromete normas de orden público. Por consiguiente, de acuerdo con el principio de libertad de las convenciones, debía reconocerse y respetarse el monto de la pena que las partes hubiesen determinado libremente.

Asimismo, es importante señalar que el principio de la inmutabilidad condice con la finalidad práctica de la institución, otorgando al negocio jurídico gran seguridad sobre las perspectivas futuras.

Este carácter se vincula con la función compulsiva de la cláusula penal, ya que de nada valdría prever la imposición de una pena si llegado el incumplimiento no se tuviese la seguridad de contar con su importe. Si se permitiese volver sobre lo pactado para elevarlo o reducirlo, bien podría no preverse nada y remitirse desde el principio a la apreciación judicial.

Al debilitar la fuerza de la pena, indirectamente se crean dificultades para el deudor, porque el acreedor, al verse privado de la garantía que representa la cláusula penal, será más exigente en otros puntos del convenio.

Se ha llegado incluso a afirmar que ninguna vinculación tiene el tema con el de la reducción de los intereses usurarios, porque tradicionalmente la disminución de éstos ha sido referida a los compensatorios o lucrativos, intentando con ello disminuir ganancias ilícitas de un acreedor que se sitúa frente a un deudor que cumple con la prestación a su cargo. En cambio, en el terreno de la cláusula penal existe un deudor, incumpliente, por lo que nadie sino él debe asumir los riesgos de su obrar antijurídico.[210]

A modo de conclusión, debemos afirmar que nadie mejor que las propias partes para fijar de antemano, por medio de la pena, el monto de los perjuicios que el acreedor cree justo recibir por la inejecución o el retardo en el cumplimiento de la obligación, y que el deudor también considera justo pagar en estas mismas eventualidades.

---

210 KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *La cláusula penal*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1981, pp. 89 y 90.

Asimismo, no debe perderse de vista que la cláusula penal sólo es exigible en los casos de incumplimiento por dolo o por culpa del deudor. La inculpabilidad del deudor, salvo pacto en contrario, extingue la obligación (artículo 1343 del Código Civil Peruano de 1984).

Las críticas expuestas son aplicables, con mayor severidad, a las legislaciones que sólo permiten la reducción de la pena estipulada. Nos referimos, concretamente, al artículo 1227 del Código Civil Peruano de 1936 y al artículo 1346 del Código de 1984.

Estas normas parecen tener su origen en el supuesto erróneo de que es siempre el deudor la parte más débil de la relación jurídica, y que merece, por tanto, tutela especial.

Este concepto, propio de relaciones de otra naturaleza, según parecer de un sector importante de la doctrina de nuestra tradición jurídica, debe ser proscrito de las legislaciones vigentes, «sobre todo en países nuevos y cosmopolitas —expresa Lafaille—,[211] donde es necesario reforzar ciertos conceptos éticos y de convivencia».

Los legisladores de 1936 y 1984 parecieron no haber tenido presente que también es deudor el empresario importante que se obliga a suministrar mercaderías; o el contratista que se obliga a construir una obra; o el dueño de medios de locomoción que se obliga a trasladar personas o mercaderías; o, en fin, todo aquél que está obligado al cumplimiento de una prestación. Desde este punto de vista, no es posible suponer que el deudor sea siempre la parte más débil en la relación jurídica (aunque en muchas ocasiones lo sigue siendo). El deudor, en los casos propuestos, sería la parte más poderosa, sobre todo cuando goza de un monopolio.

Y es ese deudor quien podría haber impuesto al acreedor una penalidad simbólica para el caso de inejecución o retardo en el cumplimiento de su obligación. En esta hipótesis, el acreedor carecería de instrumentos legales para solicitar el aumento de la pena estipulada, aun cuando el monto de los perjuicios que realmente sufrió fuera superior al monto de la indemnización convencional. Los artículos 1227 del Código Civil Peruano de 1936 y 1346 del Código Civil de 1984 facultan a los jueces para reducir la pena, no para aumentarla.

---

211 LAFAILLE, Héctor. *Op. cit.*, Buenos Aires, 1943, vol. I, tomo VI, p. 226.

La objeción es más grave si recordamos que el acreedor puede ser víctima del incumplimiento por dolo o culpa inexcusable del deudor. Para estos casos dispone el artículo 1321 del Código Civil que el deudor responde de los daños previstos e imprevistos, llámense daño emergente o lucro cesante, en cuanto sean consecuencia directa e inmediata de tal inejecución.

Este precepto funciona plenamente cuando se trata de la indemnización que determina el juez en ausencia de pacto. Pero si se ha estipulado una cláusula penal y, conforme a la ley peruana, ella no puede ser aumentada, el acreedor, víctima del incumplimiento doloso de su deudor, podría ver frustrado el pago de una indemnización por los perjuicios sufridos. Si bien algunos autores franceses aceptan, para estos casos, como fórmula de solución a la doctrina de la inmutabilidad que originalmente consagró el Código Napoléon, que vendría a prolongarse el daño, esta regla no es de valor incontestable y debe ser vista con beneficio de inventario frente al texto expreso de la ley.

Si admitimos la revisión de la pena no debemos analizar tan sólo las tribulaciones del deudor. Prestemos igual consideración al acreedor que vio incumplido el contrato, inclusive por dolo o culpa inexcusable del deudor.

El acreedor cuyo contrato no se cumple merece, por lo menos, un trato igual que el deudor. Si se admite la modificación de la cláusula penal, si se introduce en las legislaciones el principio jurídico de su revisión, si se persigue una solución equitativa, que este principio de equidad rija, en igual medida, para el acreedor y para el deudor.

Dentro de tal orden de ideas, un sistema de mutabilidad absoluta (que permita aumentar o reducir la penalidad) salvaría la incoherencia planteada bajo el sistema de la inmutabilidad relativa, el cual concede la facultad de reducir el monto de la penalidad, pero no admite la posibilidad de aumentarla. La fórmula resulta por demás lógica, puesto que si lo que se pretende rescatar con la reducción de la pena es el principio de equidad entre acreedor y deudor, el buen sentido indica que debería otorgarse a ambos la posibilidad de modificar el monto de la penalidad, ya sea para aumentarla o para reducirla.

No obstante ello, este sistema no soluciona el problema de la desnaturalización de la cláusula penal, que conlleva la posibilidad de

modificar su monto. En efecto, la solicitud de disminución o aumento de la penalidad por parte del deudor o del acreedor, según corresponda, inducirá a las partes, necesariamente, a entrar al tema de la probanza de los daños. De este modo las partes habrían caído, irremediablemente, en el supuesto que quisieron evitar mediante la liquidación convencional anticipada de los daños que, de manera previsible, pudieran derivarse del incumplimiento. ¿Cuál habría sido, entonces, la finalidad de pactar una penalidad que, en los hechos, no cumple ni con la función resarcitoria ni con la función compulsiva propia de su naturaleza?

Este cuestionamiento podría llevarse a extremos, pues si la penalidad no cumple con ninguna de las funciones que le son inherentes, ¿en realidad, se trataría de una cláusula penal?

Si doctrinariamente la solución de modificar la pena es susceptible de graves objeciones, la aplicación de la norma, en el campo contractual, puede originar serias intromisiones.

La indemnización que fija el juez en ausencia de pacto está constituida, necesariamente, por dinero, pues es el dinero el único valor general.

La indemnización convencional, o sea aquella que se determina por la cláusula penal, es de naturaleza distinta. Ella puede estipularse en dinero, pero también puede estar constituida por cualquier otra prestación de dar, o por alguna prestación de hacer o de no hacer, divisible o indivisible. Este es el principio uniforme de la doctrina y la regla del Código Civil Peruano (artículos 1347 y 1348).

Si se pacta como penalidad alguna prestación de dar, de hacer o de no hacer indivisible, o cualquier prestación divisible pero no susceptible de ser reducida en términos equitativos, entonces el juez, para cumplir con el precepto del artículo 1346 del Código Civil, tendría que sustituir la prestación de la cláusula penal por dinero, y reducir la suma resultante en forma equitativa.

Esta modificación judicial se justifica plenamente cuando la obligación es cumplida en parte o en forma irregular por el deudor. Es lógico que así sea, porque en estos casos el acreedor aceptó voluntariamente un pago parcial o defectuoso, no estando obligado a ello (artículos 1220 y 1221 del Código Civil Peruano de 1984).

Si el acreedor convino con el deudor en aceptar el pago de modo distinto al estipulado, o sea en forma parcial o defectuosa, y nada se

acordó sobre la cláusula penal, entonces es justo que ella sea reducida, y que el juez, para efectuar tal reducción, quede autorizado a modificar la prestación sustituyéndola por dinero. En caso contrario el acreedor se enriquecería indebidamente a expensas del deudor.

Pero esa doctrina no entra en juego cuando las partes acordaron una cláusula penal y se inejecutó totalmente la obligación. Variar la naturaleza jurídica de la prestación, en estos casos, para reducir una penalidad que después de concertado el convenio y de incumplida la obligación se consideró excesiva, parece constituir una intervención injustificada en los asuntos ajenos, que atenta contra la seguridad de los contratos.

Justo es reconocer, por otra parte, que el sistema de la inmutabilidad previsto originalmente por la ley se presta a abusos. Los abusos pueden ser de cualquiera de las partes, tanto del acreedor como del deudor.

Es cierto, en efecto, que la cláusula penal puede utilizarse para imponer una indemnización que podría llegar a ser arbitraria. Pero también es verdad que esta indemnización puede ser arbitraria tanto para el deudor, quien se vería obligado a pagar en exceso, como para el acreedor, quien podría no ver satisfechos los perjuicios que realmente sufrió.

El cumplimiento riguroso de la cláusula penal, en ciertos casos, puede realmente convertir la justicia en instrumento para consagrar una iniquidad.

Las críticas a la doctrina de la inmutabilidad de la pena prevalecen.

Frente a estas tesis contrapuestas debe buscarse una solución adecuada que respete la autonomía de la voluntad, restringiéndola mas no aniquilándola. Esta solución podría estar constituida por el principio que consagraba el Código Civil Brasileño de 1916.

La legislación brasileña de 1916 (a diferencia de la promulgada en el año 2002 y que entró en vigencia el año 2003), como hemos expresado, disponía que el juez no estaba facultado para modificar la pena estipulada, pero que su valor, en ningún caso, podía exceder al de la obligación principal.

Esa fórmula permite al acreedor usar la cláusula penal, con todas sus ventajas, entre ellas la de la inmutabilidad, cuando considera que los

perjuicios que sufrirá por el incumplimiento no sobrepasarán el valor de la obligación principal. Si el acreedor estima que el incumplimiento ocasionará perjuicios superiores al valor de la obligación principal, entonces, simplemente, no pactará la indemnización convencional, y tendrá el derecho de exigir oportunamente el pago de la indemnización que fije el juez.

La limitación propuesta viene pues a constituir un freno a las pretensiones inmoderadas del acreedor.

Asimismo, no se diga que existen dificultades para determinar, comparativamente, los valores de la obligación principal y de la cláusula penal. Más dificultades, por cierto, existen para valorizar los perjuicios. Por lo demás, la contraprestación de la obligación principal, al igual que la cláusula penal, es generalmente en dinero, reduciéndose el problema a una simple apreciación de dos cifras —contraprestación y cláusula penal— preestablecidas por las partes. En los demás casos un peritaje determinaría con relativa sencillez el valor de las prestaciones estipuladas.

Si la cláusula penal excede el valor de la obligación principal, sería reducida por el juez, en la misma medida en que se reduce cuando la obligación es parcial o defectuosamente cumplida.

En este caso se justifica plenamente tal reducción, y eventualmente, para llegar a ella, la modificación de la prestación pactada como cláusula penal y su sustitución por dinero, porque las partes habrían estipulado en contra de la ley, sabiendo de antemano que el valor de la cláusula penal excedía el valor de la obligación principal. Aquí las partes podían seguir una pauta objetiva —el valor de la obligación principal— señalada por el legislador para determinar el monto de la penalidad. Y esta pauta fue violada.

Naturalmente que la solución propuesta no es perfecta. Ella también puede dar origen a abusos. Sería el caso del acreedor que impone al deudor, arbitrariamente pero dentro del límite previsto por la ley, una cláusula penal excesiva. O el caso del deudor que acogiéndose a la regla de la inmutabilidad impone al acreedor una cláusula penal insuficiente.

Pero esos peligros no justifican que se descarte de la vida del Derecho una institución que, como la cláusula penal, fomenta el respeto

de la palabra empeñada y asegura eficazmente el resarcimiento en caso de que el deudor incumpla la obligación.

Los riesgos anotados se ciernen sobre toda la contratación. Tal sucede cuando se paga un precio excesivo por un bien mueble, o cuando se paga un precio insuficiente por ese mismo bien. O cuando en un contrato de arrendamiento se pacta una renta exagerada, o una renta ínfima.

Conceder con generosidad asideros legales para que el acreedor o el deudor violen lo que convinieron, es propiciar la impugnación del contrato siempre que las partes no vieran plenamente satisfechas sus expectativas. El acreedor hablará, en estos casos, de una indemnización insuficiente, y el deudor, por su parte, de una indemnización excesiva.

La legislación contractual debe utilizar fórmulas intermedias, destinadas únicamente a restringir el principio absoluto de la autonomía de la voluntad, pero no a interferir en cada contrato permitiendo su revisión. Para cautelar a los contratantes se dictan otras normas de orden público, relativas a la capacidad de las personas o a la libre manifestación de su voluntad.

Pero, aún dentro de la doctrina restrictiva del Código Brasileño de 1916, la regla debería admitir ciertas excepciones.

En este sentido, podemos expresar que, a diferencia de lo que sucede en el caso de los contratos paritarios, donde los contrayentes ostentan cierto grado de simetría de condiciones, en el supuesto en que las partes contratantes se relacionen mediante un contrato por adhesión, o celebrado con arreglo a cláusulas generales de contratación, en el cual una de las partes colocada en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas por la otra parte, declara su voluntad de aceptar, no podría mantenerse intangible la cláusula penal, cuando ella esté destinada a la cobranza de intereses usurarios o sumas exorbitantes, porque en estos casos se estaría enmascarando, bajo esa apariencia, una convención ilícita.

Dentro de tal orden de ideas, es preciso afirmar que cumpliendo la cláusula penal una función indemnizatoria, no puede desconocerse que las partes contratantes no siempre se encuentran realmente en un pie de igualdad que permita aducir categóricamente que contratan con la misma libertad. La idea tradicional de que existe una paridad

jurídica de los contratantes, no puede sostenerse como verdad absoluta en nuestros días. La difusión que hoy tienen los contratos celebrados por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación, en los que las partes tienen un poder de negociación desequilibrado y en los que es frecuente que una de ellas se vea obligada —por necesidad— a adherirse a lo predispuesto por la parte fuerte, pues de lo contrario no podrá acceder a los bienes o servicios que se le ofrecen y que se encuentran en manos de entes monopólicos, determinan lo contrario.

Como expresa el profesor Carlos Cárdenas Quirós,[212] «La libertad e igualdad jurídicas no concurren necesariamente al lado de la libertad e igualdad económicas, por lo cual se hace necesaria la intervención del legislador para restablecer el equilibrio que las desigualdades de hecho rompieron. El juez debería ser autorizado a intervenir con el objeto de conformar las relaciones obligatorias con los principios de justicia y equidad, limitándose así la autonomía de la voluntad».

También resultaría discutible si el principio de la inmutabilidad de la pena podría prevalecer cuando el deudor pretendiese burlar las responsabilidades procedentes del dolo o de la culpa inexcusable.

Si el deudor impone al acreedor una cláusula penal simbólica, diminuta, que no constituya un verdadero resarcimiento, y luego incumple su obligación por dolo o por culpa inexcusable, entonces debería concederse al acreedor el derecho a pedir el aumento de la pena estipulada. La cláusula penal, en estas circunstancias, importaría una verdadera renuncia al derecho de exigir el pago del íntegro de la indemnización. El artículo 1328 del Código Civil Peruano dispone que la responsabilidad, en los casos de dolo o de culpa inexcusable, es exigible en todas las obligaciones y que es nula su exclusión o límite.

Por lo demás, el acreedor debería tener el derecho, en todos los casos en que se incumpla la obligación por dolo o culpa inexcusable del deudor, de exigir una reparación superior a la pactada. En estos casos el acreedor sólo pudo estipular la reparación de los daños y perjuicios previsibles. Pero —recordemos— el deudor responde, además, de los daños y perjuicios imprevisibles.

---

212 CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. «Reflexiones sobre la mutabilidad e inmutabilidad de la pena contractual». En *Tendencias actuales y perspectivas del Derecho Privado y el Sistema Jurídico latinoamericano*. Lima: Cultural Cuzco Editores, 1990, pp. 348-351.

El ordenamiento jurídico peruano, al haber acogido el sistema de inmutabilidad relativa de la cláusula penal, sólo permite su modificación para reducirla, pero no para aumentarla. No obstante, la posibilidad de aumentar la indemnización en nuestro sistema jurídico, cuando no se hubiera pactado el daño ulterior y la pena resultara manifiestamente diminuta, podría intentarse en los supuestos de incumplimiento por dolo o culpa inexcusable.

En estos casos el deudor respondería por todos los daños causados, inclusive por aquellos que no hubiesen sido previsibles al momento de la celebración del contrato.

Dentro de tal orden de ideas, debemos remitirnos a lo establecido por el artículo 1321 del Código Civil Peruano. De la lectura de la norma citada podemos deducir que sería posible señalar —como lo hace Bustamante Alsina—[213] que «la regla según la cual el acreedor no puede pretender otra indemnización aunque el daño sufrido por él sea mayor, sufre excepción cuando el incumplimiento del deudor es doloso, pues no es admisible que invoque la cláusula penal para disminuir la responsabilidad del daño que él ha ocasionado con su inejecución a designio».

Según refiere Enneccerus,[214] esta es la teoría propugnada por el Código Civil Alemán, pues si como ocurre casi siempre, corresponde al acreedor una pretensión de indemnización por incumplimiento, puede exigir la pena como importe mínimo del daño y, si el interés de cumplimiento es superior a la pena, puede exigir este plus, puesto que la pretensión dirigida a la pena tiende a ser una facilidad, pero no una limitación de la pretensión de indemnización.

En efecto, como anota Estela Ferreirós,[215] «el dolo agrava la responsabilidad del deudor, y sería inmoral aceptar que por medio de una actitud dolosa se limite el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos por el acreedor; aceptarlo sería permitir que se enarbole la ilicitud».

---

213 BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Teoría General de la Responsabilidad Civil*. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot, Sexta Edición Actualizada, p. 203.

214 ENNECCERUS, Ludwig, Theodor KIPP y Martín WOLFF. *Derecho de Obligaciones*, Barcelona: Bosch, 1951 vol. I, tomo II, p. 188.

215 FERREIRÓS, Estela. *Incumplimiento obligacional («astreinte» y cláusula penal)*. Buenos Aires: La Rocca, 1998, p. 132.

A estas consideraciones debe añadirse el supuesto en que, si se hubiese pactado una pena ínfima, ésta tendría claramente la función de limitar la responsabilidad del deudor.[216] De acuerdo con el artículo 1328 del Código Civil Peruano, este pacto sería nulo, siempre que el incumplimiento se hubiere producido por dolo o culpa inexcusable.

Al analizar la referida norma se debe tener presente que la cláusula penal cumple una función resarcitoria, esto es, la de servir como liquidación convencional anticipada de los daños. En este sentido, cabría preguntarse si es posible pactar que la cláusula penal prevea el incumplimiento doloso y, de ser así, si ella debe ser inmutable.

Sobre el particular, creemos que si bien es factible pactar una cláusula penal que contemple el incumplimiento doloso, dentro del ordenamiento jurídico peruano vigente, ella será inmutable en tanto y en cuanto no sea inferior a la indemnización que correspondería, de haber sido fijada judicial o legalmente.

Como anota Aída Kemelmajer de Carlucci,[217] la solución contraria resultaría atentatoria al orden público, habida cuenta de que si bien se puede permitir que el incumplimiento del contrato debido a fuerzas exteriores (o incluso a culpa leve del deudor) no produzca responsabilidad o la genere disminuida, suprimirla o disminuirla por dolo, equivaldría a eliminar el contrato, que es uno de los pilares básicos de la sociedad moderna.

Sin embargo, no se trata de un tema pacífico, pues podrían existir elementos para considerar que el artículo 1328 del Código Civil Peruano no resultaría aplicable a la cláusula penal. Así, a criterio de García Amigo,[218] cuando el daño es superior al monto de la pena, la cláusula penal puede asumir la función de cláusula limitativa de responsabilidad. No obstante, la diferencia entre estas dos instituciones radicaría en lo siguiente:

- La cláusula limitativa de responsabilidad nace para proteger al deudor; mientras que la penalidad generalmente se pacta a favor del acreedor.

---

216 ALTERINI, Atilio Aníbal, Óscar José AMEAL y Roberto M. LÓPEZ CABANA. *Op. cit.*, p. 303.

217 KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, pp. 144 y 145.

218 Citado por KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, pp. 144 y 145.

- Asimismo, mientras la cláusula limitativa de responsabilidad se refiere al daño, la cláusula penal presupone el incumplimiento, independientemente del daño.

No obstante los argumentos expuestos por García Amigo, consideramos que si bien pueden existir diferencias conceptuales entre la cláusula penal y las cláusulas limitativas de responsabilidad, la función que cumplen las penalidades diminutas es idéntica: limitar la responsabilidad del deudor en caso de incumplimiento.

De ahí que, a criterio nuestro, la norma bajo análisis (el artículo 1328 del Código Civil Peruano de 1984) resultaría plenamente aplicable para los supuestos de cláusulas penales irrisorias en las que no se hubiese pactado la posibilidad de resarcir el daño ulterior.

Ahora bien, la consecuencia que se derivaría de la aplicación del referido principio, sería la nulidad de la cláusula penal, cuando ésta tuviera por finalidad la limitación de la responsabilidad del deudor que incumple por dolo o culpa inexcusable. Bajo este criterio, el órgano jurisdiccional debería ordenar a quien incumpla, el pago de la indemnización de los daños efectivamente irrogados y por el monto que el acreedor consiga demostrar.

Por otra parte, debemos referirnos a los principios aplicables en el Derecho Peruano para reducir el monto de la penalidad.

En lo que respecta a los criterios que, de acuerdo al artículo 1346 del Código Civil Peruano de 1984, pueden adoptarse a efectos de reducir el monto de la penalidad, la norma citada admite el empleo tanto de criterios objetivos como de criterios subjetivos, a saber:

(a) En el primer supuesto, estimamos que el órgano jurisdiccional no podría negarse a reducir el monto de la penalidad cuando el deudor demuestre —de manera objetiva— que el monto de los daños derivados de su incumplimiento se encuentra por debajo de lo pactado en la cláusula penal.

(b) No obstante la lógica de este argumento, cabría preguntarse si además de la prueba de los daños y perjuicios es preciso que el juez verifique que la penalidad es «manifiestamente excesiva».

Dicho en otros términos, ¿sería posible la reducción de una penalidad que no fuera «manifiestamente excesiva» cuando el deudor

hubiese demostrado que los daños efectivamente irrogados por el incumplimiento son menores?

El cuestionamiento resulta perfectamente válido, pues podría darse el caso en que se haya pactado una penalidad razonable —inclusive diminuta, si nos ubicamos en un supuesto extremo—, pero que, sin embargo, los daños irrogados por el incumplimiento estén por debajo del monto pactado y así lo demuestre la parte que ha incumplido.

Si nos atenemos al texto del dispositivo citado, en el ejemplo referido no se habría verificado el supuesto de hecho que establece la norma, por lo cual no sería procedente la reducción de la penalidad.

La segunda solución posible al problema sería la de obviar la interpretación literal de la norma e indemnizar por los daños efectivamente irrogados, reduciendo de manera proporcional el monto de la pena.

Sin perjuicio de las opciones propuestas, consideramos que, siempre dentro del sistema acogido por el Código Civil Peruano, la solución podría encontrarse en adoptar un criterio subjetivo para determinar la reducción de la penalidad.

El fundamento de esta posición se encuentra en el requisito que establece la norma bajo análisis para la reducción de la penalidad.

A nuestro parecer, la referencia a la reducción equitativa de la pena «manifiestamente excesiva» denota la necesaria apreciación subjetiva del juez, pues no sólo se exige que la pena sea excesiva, esto es, que supere con creces el monto de los daños y perjuicios efectivamente irrogados, sino que, además, se requiere que esta desproporción sea manifiesta, es decir, abiertamente abusiva y hasta grosera.

Una primera forma de ver el problema nos indica que la verificación de este supuesto no le correspondería al deudor incumpliente, que solicite la reducción de la penalidad, sino al juez. Asimismo, tampoco sería susceptible de ingresar al terreno probatorio, pues no es mediante criterios objetivos, sino subjetivos, que se tendría que evaluar cuándo el monto de la pena pactada fuese «manifiestamente excesivo».

A la luz de estas consideraciones, pareciera que la probanza de los daños que corre por cuenta de las partes del contrato, sólo podría tener lugar una vez que el órgano jurisdiccional haya determinado que nos encontramos ante una cláusula penal «manifiestamente excesiva»,

que cumple con el requisito previsto por la norma y, por ende, que debe ser reducida.

No obstante ello, la objeción que se puede formular a tal planteamiento consiste en que no podría haber apreciación meramente subjetiva, en la medida de que para considerar a una penalidad como «manifiestamente excesiva» tendría que haberse acreditado el monto de los daños y perjuicios verdaderamente sufridos por el acreedor, pues en caso contrario no habría forma de comparar, y luego de llegar a la referida conclusión.

Cabe señalar que el artículo 1346 del Código Civil Peruano no es el único precepto de dicho cuerpo normativo que otorga al juez la facultad de emplear su leal saber y entender para la evaluación del monto de los daños y perjuicios. Así, por ejemplo, el artículo 1332 del acotado Código establece el deber del juez de fijar, con valoración equitativa, el resarcimiento del daño que no pudiera ser probado en su monto preciso.

Frente a estos argumentos, siempre podrá objetarse que la determinación de si una cláusula penal es «manifiestamente excesiva» sólo podrá hacerse una vez efectuada la probanza de los daños, esto es, mediante criterios objetivos y no subjetivos.

Sin embargo, ello no excluye la necesidad de efectuar una apreciación subjetiva, pues el hecho de que el monto de la penalidad supere a los daños y perjuicios efectivamente irrogados, aun cuando se pueda comprobar la desproporción, no necesariamente significa que la pena sea «excesiva» y, mucho menos, «manifiestamente excesiva». En este sentido, la necesidad de la apreciación subjetiva del juez parece ser imprescindible.

(c) La presencia del criterio subjetivo del juez podría ser llevada a sus extremos, en el supuesto en que la parte que haya incumplido solicite la reducción de la penalidad que, de acuerdo al sentido común, es sin lugar a dudas «manifiestamente excesiva», pero que, sin embargo, omita aportar pruebas conducentes a demostrar la inferioridad del monto del daño. En este supuesto, no parece lo más sensato declarar infundado el pedido del deudor por falta de pruebas. Por el contrario, parece razonable que el juez emplee su leal saber y entender a efectos de reducir prudencialmente, y de manera equitativa, el monto de la penalidad.

La jurisprudencia nacional parecería haber adoptado este criterio, asumiendo como válida la subjetividad del juez al respecto. Así, entre los principios que han seguido los Tribunales Nacionales, a efectos de determinar la reducción de la penalidad, tenemos los siguientes:

- La Corte Suprema ha considerado que la reducción de la penalidad procede «con el único fin de fomentar el contenido ético de las relaciones contractuales. Esto, en un caso referido a los pactos usurarios a que puede estar sometido el deudor al momento de la celebración del contrato». (Sentencia Casatoria n.° 1753-97, del 24 de septiembre de 1998).

En el Sexto Considerando de esta misma Resolución, la Corte Suprema señaló que, en el caso materia de casación, la reducción de la penalidad obedecía «a una apreciación subjetiva del Magistrado». Este criterio fue nuevamente aplicado mediante sentencia de fecha 31 de julio de 2001, expedida por la Corte Superior de Justicia de Lima, Expediente n.° 6653-2000.

- De otro lado, mediante sentencia de fecha 20 de mayo de 1998, la Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento de la Corte Superior de Justicia de Lima, resolvió reducir equitativamente la penalidad atendiendo a que «el pago de US$ 50.00 por día, en caso de incumplimiento desde la entrega de la propiedad, es excesivo».

Cabe señalar que de la lectura de la citada resolución se desprende que los magistrados concluyeron en que la penalidad pactada era excesiva, sin que fuera necesario que el deudor incumpliente demostrara que los daños producidos por el incumplimiento se encontraban por debajo del monto pactado como penalidad. De ahí que resulte posible afirmar que en este caso la reducción se efectuó de acuerdo al criterio subjetivo y a la valoración equitativa de la Sala.

- Otro criterio, no menos interesante, seguido por nuestros Tribunales a efectos de reducir el monto de la cláusula penal, ha sido el de considerar que «la suma adeudada a la parte demandante está garantizada con la hipoteca sobre un inmueble de propiedad del demandado, lo que limita también los daños que pudieran sufrir los acreedores ante el incumplimiento del obligado, puesto que la obligación se encuentra debidamente garantizada». (Sentencia Superior de fecha 31 de julio de 1997, recaída en el Expediente n.° 276-97).

- En un contrato de arrendamiento, cuya renta era de US$480 mensuales, se había pactado una penalidad ascendente al 15% de dicho monto por cada día de atraso en que el arrendatario no cumpliera con la desocupación del inmueble a la finalización del contrato.

Verificada la demora en la entrega del bien e iniciado el proceso orientado a cobrar la penalidad correspondiente, mediante sentencia expedida por la Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 1 de octubre de 1999, se resolvió reducir el monto de la cláusula penal «en aplicación del artículo II del Título Preliminar del Código Civil».

En este proceso, la norma invocada por el órgano jurisdiccional se orienta a proscribir el abuso del derecho, supuesto que, a criterio de la Sala, se habría verificado con la estipulación de la penalidad que el demandante reclamaba.

- Finalmente, la Corte Suprema decidió reducir el monto de la penalidad en atención a que el incumplimiento del deudor generaba, además del pago de la penalidad, la obligación de pago de intereses, los cuales constituían el medio más idóneo para indemnizar la falta de pago de una suma de dinero en el plazo concertado. (Sentencia Casatoria n.° 3192-98, expedida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia con fecha 1 de junio de 1999).

No es nuestra intención comentar las resoluciones jurisprudenciales citadas; sin embargo, de su lectura se aprecia que en ninguna de ellas se resuelve reducir el monto de la penalidad en atención a la evaluación de las pruebas que hubieran sido aportadas por las partes.

En efecto, lejos de avocarse al análisis de los medios probatorios presentados por los litigantes, los tribunales peruanos han resuelto con criterio de conciencia, de acuerdo a aquéllas que —a su leal saber y entender— constituyen penas «manifiestamente excesivas».

No obstante haber hecho referencia tangencial al tema, queremos profundizar en el análisis de los criterios de orden económico que atentan contra el principio de mutabilidad relativa de la cláusula penal, contemplado en el Código Civil de 1984.

Cabe advertir que el sistema de regulación que propugna la inmutabilidad relativa no necesariamente cumple con proteger al deudor que se encuentra en desventaja, pues, lo reiteramos, como expresa Aída

Kemelmajer de Carlucci,[219] «al debilitar la fuerza de la pena, indirectamente se crean dificultades para el deudor, porque el acreedor, al verse privado de la garantía que representa la cláusula penal, será más exigente en otros puntos del convenio».

En este sentido, resulta claro que la posibilidad de reducir la cláusula penal no puede brindar una protección completa al deudor frente a los abusos que pudiera cometer el acreedor mediante la estipulación de pactos draconianos.

Por el contrario, la inseguridad que representa para el acreedor tener que desenvolverse en un sistema legislativo en que las penalidades no cumplen las funciones compulsiva y resarcitoria, que les son inherentes, podría generarle la necesidad de proteger sus intereses valiéndose del empleo de otros mecanismos. Así, la desnaturalización de la cláusula penal puede originar el aumento de los costos de transacción y el encarecimiento del crédito, lo que, de manera indirecta, puede contribuir al aumento de dificultades para hacer empresa en el Perú, con la consecuente disminución de oportunidades de empleo y desarrollo económico.

Desde esta perspectiva, las buenas intenciones del legislador para proteger a los deudores en desventaja en la contratación, podrían terminar repercutiendo en su propio perjuicio, al ser ellos quienes tengan que asumir los pasivos de la falta de seguridad jurídica y de confianza en el cumplimiento de los contratos, que el sistema de inmutabilidad relativa (o mutabilidad relativa) de la penalidad adoptado por la legislación nacional, contribuye a configurar en el Perú.

## 7. EFECTOS DE LA CLÁUSULA PENAL

Al analizar esta materia debemos responder a la interrogante de las consecuencias que origina la incorporación de la estipulación penal.

A fin de ordenar conceptos, resulta necesario estudiar separadamente los efectos que se producen cuando existe pluralidad de sujetos en la relación obligacional, pues en estos casos se ocasionan consecuencias particulares.

En el tema de los efectos en general de la cláusula penal, éstos deben distinguirse según se contemple la institución antes o después del

---

219 KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, p. 89.

momento en que se produce la inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación principal que garantiza.

En el primer caso, la pena convencional origina en el deudor un efecto intimidatorio o de presión para el cumplimiento de la obligación, toda vez que, como ya se ha expresado, puede acarrear consecuencias más gravosas que un simple incumplimiento. Así, la voluntad de cumplir tendrá mayor vigor, lo que, en definitiva, muestra su función general de garantía.

En el segundo de los momentos señalados, es decir, en caso de que ya hubiese ocurrido la inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, los efectos de la cláusula penal serán distintos, según haya sido pactada como compensatoria o moratoria. Estos conceptos ya han sido estudiados.

Dentro del marco legal peruano, y en lo que respecta a los efectos de la cláusula penal compensatoria, previos al incumplimiento de la obligación, sería reiterativo ahondar en ellos, en la medida en que están estrechamente ligados con las funciones de la cláusula penal, materia que oportunamente analizamos.

Sin embargo, el tema que ahora importa son los efectos de la cláusula penal con posterioridad al incumplimiento de la obligación por el deudor. Para ello resulta necesario distinguir entre las medidas que puede adoptar el acreedor perjudicado por el incumplimiento y las que corresponden al deudor de la cláusula penal.

En lo que atañe al acreedor perjudicado, éste, ante el incumplimiento del deudor, puede exigir el pago de la prestación incumplida en especie, lo que implica la posibilidad de que se dirija hacia el cumplimiento de la prestación debida, no obstante su derecho a reclamar la cláusula penal compensatoria.

Lo expresado equivale a decir que el acreedor no tendría por qué considerar necesariamente la penalidad pactada, pues podría prescindir de ella y recurrir a los medios que en general concede la legislación civil para lograr ver satisfechas sus expectativas en especie.

Pero el acreedor, como es obvio, también podría considerar inútil el cumplimiento de la prestación en especie y optar por resolver el contrato y exigir la ejecución de la penalidad compensatoria pactada.

Si el acreedor adoptara este camino, el deudor, a partir de la resolución del contrato, se encontraría impedido de cumplir con la prestación debida. En otras palabras, desde que el acreedor se decide por la penalidad, el deudor ya no podría cumplir con la prestación principal.

Cabe aclarar que dentro de la lógica de la cláusula penal, si el acreedor exigiera al deudor el cumplimiento de la prestación en especie, ello no implicaría que el deudor gozara de la facultad de no cumplir con dicha prestación, y que, en sustitución, pretendiera cumplir con la penalidad pactada.

Por otra parte, y en lo que respecta al deudor, ante su incumplimiento, si a dicho deudor nada se le hubiera exigido, deberá cumplir con la prestación debida y no con la penalidad pactada.

Ahora bien, si el deudor ya hubiese sido constituido en mora, teniendo en consideración que ella implica el requerimiento de pago de la prestación debida y no la voluntad de dar por extinguida la obligación, será claro que el deudor únicamente podría cumplir con dicha prestación y no obligar a su acreedor a aceptar la penalidad pactada.

Debemos considerar que la condición moratoria implica la posibilidad de cumplimiento de la obligación. Se entiende, como lo hemos analizado oportunamente, que mientras el acreedor mantenga a su deudor en mora, ello significa que guarda la expectativa de que todavía pueda dar cumplimiento a la prestación debida.

Siguiendo con este razonamiento, si el acreedor ya hubiese dado por extinguida la obligación principal, el deudor sólo podría cumplir con la penalidad y no con la prestación misma.

Si la cláusula penal fuese moratoria, debemos recordar que el artículo 1342 del Código Civil, establece que «*Cuando la cláusula penal se estipula para el caso de mora o en seguridad de un pacto determinado, el acreedor tiene derecho para exigir, además de la penalidad, el cumplimiento de la obligación principal*».

En este sentido, la *stipulatio poenae* puede referirse a la ejecución completa de la obligación o a alguna cláusula especial o simplemente al caso de mora.

En efecto, si la cláusula penal es la determinación anticipada de los daños y perjuicios que se deriven de alguna obligación, puede

recaer en las distintas modalidades dentro de las cuales tales daños y perjuicios se presentan.

Si la pena concierne al caso de incumplimiento, puede referirse a la obligación total o a una parte de ella, pues si en este último caso está destinada a actuar en el ánimo del deudor para que cumpla su obligación con exactitud y puntualidad, comprenderá la estipulación de mayor interés para el acreedor que la pacte; por eso, en vez del cumplimiento mismo de la obligación, puede concretarse a un perjuicio especial que el acreedor quiera preferentemente evitar. Por la misma razón, la pena puede dirigirse al caso de mora.

La pena estipulada para el caso de incumplimiento no permite al acreedor exigir conjuntamente la obligación y la pena, ya que esta última importa la fijación anticipada de los perjuicios compensatorios, y el pago de los mismos se verifica en sustitución del cumplimiento de la obligación *in natura*.

Se ha sostenido, sin embargo, que la regla no es de orden público y que se puede pactar que el acreedor está en aptitud de demandar las dos prestaciones. Esto, en nuestra opinión, no es posible, pues el acreedor tendría acceso, entonces, dos veces a la prestación: una en la forma de pena y la otra en su forma natural.

Si la pena fue estipulada para el caso de mora, desaparece todo inconveniente para que se acumule el cumplimiento de la obligación principal y el pago de la pena.

La misma acumulación puede producirse si la pena fue estipulada en garantía de algún pacto determinado, es decir si no se refiere a la prestación misma objeto de la obligación, sino a una cláusula especial. Podría señalarse como ejemplo de tales cláusulas, la inejecución en el lugar convenido, cierto vicio de la cosa objeto de la prestación, etc.

Aquí cabe reparar en el extremo del artículo 1342 del Código Civil, cuando prescribe que la cláusula penal puede establecerse *«en seguridad de un pacto determinado»*.

Cuando la ley realiza esta precisión, resulta claro que no está aludiendo al incumplimiento total de la obligación o de las obligaciones contraídas por el deudor, así como tampoco lo está haciendo con respecto a un eventual cumplimiento tardío.

Esa expresión («*en seguridad de un pacto determinado*») alude al cumplimiento parcial o defectuoso de las obligaciones o de la obligación asumida por el deudor; pero no debe entenderse como referido a todos los supuestos de incumplimiento parcial o defectuoso, sino única y exclusivamente a aquellos en los cuales las partes hubiesen convenido de manera especial que la cláusula penal asegure una prestación en particular, cuyo cumplimiento interese singularmente al acreedor.

## 8. EFECTOS DE LA CLÁUSULA PENAL EN LAS OBLIGACIONES CON SUJETOS PLURALES

Después de estudiar, como lo hemos venido haciendo, la cláusula penal en los supuestos en que los sujetos de la obligación no son más que dos —acreedor y deudor—, ahora debemos ingresar al análisis de los casos de pluralidad de deudores, de acreedores o de ambos a la vez.

La existencia de pluralidad de deudores y acreedores origina problemas interpretativos en las obligaciones con cláusula penal, cuando entre la prestación principal y la cláusula hay diferencia de naturaleza, es decir, cuando una prestación es divisible y la otra indivisible o viceversa, y también cuando una obligación es solidaria y la otra no lo es (es decir, es mancomunada). Por ejemplo, la obligación de entregar un auto o, en su defecto, pagar una pena convencional de 10,000 dólares americanos, habiendo pluralidad de deudores o acreedores.

En el Derecho Romano y en el Derecho Francés, si hay diferencias de naturaleza entre las prestaciones de la obligación principal y de la cláusula penal, ellas se resuelven ateniéndose a la naturaleza de la obligación principal: si ésta es indivisible, se aplican los principios de la indivisibilidad; y si, por el contrario, es divisible, se aplican los principios de la divisibilidad, prescindiéndose de la naturaleza de la prestación de la cláusula penal.

No ocurre lo mismo en nuestro Derecho, donde se tiene en cuenta la naturaleza de la pena.

En este sentido, la solución del Código Civil Peruano al problema de la divisibilidad e indivisibilidad de la obligación de la cláusula penal, a que se refieren los artículos 1347 y 1348, constituye, simplemente, una aplicación de las normas del propio Código relativas a las obligaciones divisibles e indivisibles (artículos 1172 y siguientes, analizados en su oportunidad).

Por tanto, resulta indiferente que la obligación principal sea divisible o indivisible; lo que interesa es determinar la divisibilidad o indivisibilidad de la cláusula penal.

Así, si la cláusula penal es divisible, cada uno de los codeudores o de los herederos del deudor no incurrirá en la pena sino en proporción a su parte (artículo 1347 del Código Civil). El principio es el mismo que inspira a los artículos 1172 y 1173 del Código Civil, relativos a las obligaciones divisibles.

Si la cláusula penal es indivisible, cada uno de los codeudores y de sus herederos quedará obligado a satisfacer la pena entera (artículo 1348 del Código Civil). Este principio también se encuentra consagrado por el artículo 1176 del mismo Código, relativo a las obligaciones indivisibles.

En estos casos, sin embargo, los codeudores que no sean culpables tienen expedito su derecho para reclamar de aquél que dio lugar a la aplicación de la pena (argumento del artículo 1350 del Código Civil Peruano).

Reglas similares funcionan en la mancomunidad y solidaridad de la cláusula penal. Si la obligación de la cláusula penal es mancomunada, cada deudor responderá únicamente por su parte (artículo 1182 del Código Civil).

Si la obligación de la cláusula penal es solidaria, cada uno de los codeudores responderá por el íntegro (artículo 1349 del Código Civil), pero los no culpables tendrán expedito su derecho para reclamar de aquel que dio lugar a la aplicación de la pena (artículo 1350 del Código Civil).

Ahora bien, luego de esta breve introducción, explicaremos detalladamente cada uno de los supuestos que podrían darse en la realidad, previstos por los artículos 1347, 1348, 1349 y 1350 del Código Civil de 1984:

> Artículo 1347.- «*Cada uno de los deudores o de los herederos del deudor está obligado a satisfacer la pena en proporción a su parte, siempre que la cláusula penal sea divisible, aunque la obligación sea indivisible*».
>
> Artículo 1348.- «*Si la cláusula penal es indivisible, cada uno de los deudores y de sus herederos queda obligado a satisfacer íntegramente la pena*».

*Artículo 1349.- «Si la cláusula penal fuese solidaria, pero divisible, cada uno de los deudores queda obligado a satisfacerla íntegramente.*

*En caso de muerte de un codeudor, la penalidad se divide entre sus herederos en proporción a las participaciones que les corresponda en la herencia».*

*Artículo 1350.- «Los codeudores que no fuesen culpables tienen expedito su derecho para reclamar de aquél que dio lugar a la aplicación de la pena».*

### 8.1. Divisibilidad e indivisibilidad de la obligación de la cláusula penal

Este tema será estudiado seguidamente, distinguiendo los casos de la pluralidad de deudores, de la pluralidad de acreedores y de la pluralidad de ambos a la vez.

#### *8.1.1. Pluralidad de deudores*

La pluralidad de deudores puede ser concomitante con el título constitutivo de la obligación o generarse posteriormente por muerte del deudor, en cuyo caso sus herederos asumen la obligación.

Aquí es preciso recordar —como fue analizado al estudiar las obligaciones con pluralidad de sujetos— que la divisibilidad es una condición jurídica que pasa en la misma condición por efectos hereditarios.

La cuestión, en este punto, es la siguiente: habiéndose obligado dos o más personas, por ejemplo, a la realización de un trabajo que luego cumplen en forma irregular, ¿cómo se liquida la cláusula penal?, ¿cada uno de los deudores la paga íntegramente o a prorrata?

De acuerdo con el precepto contenido en el artículo 1347 del Código Civil pensamos que se pueden presentar las siguientes posibilidades:

(a) Que la obligación principal sea de carácter divisible, mientras que la accesoria (la cláusula penal) revista similar carácter. En tal caso será evidente que los codeudores del acreedor o los herederos del deudor deberán cumplir con cualquiera de las prestaciones de manera divisible.

(b) Que la obligación principal sea de carácter indivisible, mientras que la obligación accesoria (la cláusula penal) sea divisible. En esta hipótesis, los codeudores estarán obligados a cumplir con la prestación principal de manera indivisible, mientras que cumplirán con la penalidad, de ser el caso, de manera divisible.

Por otro lado, el artículo 1348 del Código Civil recoge el supuesto de la cláusula penal indivisible. En este caso, cada uno de los codeudores o de sus herederos quedará obligado a satisfacer la pena entera. Este principio también está consagrado por el artículo 1176 del mismo Código, precepto referente a las obligaciones indivisibles.

En estos supuestos, sin embargo, los codeudores que no sean culpables tienen expedito su derecho para reclamar de aquél que dio lugar a la aplicación de la pena (argumento del artículo 1350 del Código Civil).

Del artículo 1348 del Código Civil podemos deducir que en virtud de lo previsto por el artículo 1177 —en el sentido de que la indivisibilidad se hereda en la misma condición— pueden presentarse los siguientes casos:

(a) Que la obligación principal sea indivisible y que la cláusula penal revista similar carácter. En este caso, los codeudores o herederos del deudor estarán obligados a cumplir con cualquiera de las obligaciones —la que corresponda— de manera indivisible, tal como antes lo expresamos.

(b) Que la obligación principal sea de carácter divisible, mientras que la cláusula penal sea indivisible. En este caso, los codeudores o herederos del deudor estarán obligados a cumplir la obligación principal de manera divisible, mientras que cumplirán con la penalidad (de ser el caso) de manera indivisible.

Señalan Cazeaux y Trigo Represas[220] que en el caso de una obligación principal indivisible y de una cláusula penal divisible, producido el incumplimiento de la obligación el acreedor tiene derecho a cobrar la pena a los deudores, pero sólo puede reclamar de cada uno de ellos su parte proporcional.

---

220 CAZEAUX, Pedro N. y Félix A. TRIGO REPRESAS. *Op. cit.*, tomo I, pp. 258 y 259.

### *8.1.2. Pluralidad de acreedores*

El Código Civil Peruano ha omitido regular los supuestos en que exista pluralidad de sujetos acreedores.

La solución de los diversos casos que pueden presentarse no origina dificultad si se aplican los principios que hemos expuesto.

Es importante señalar, adicionalmente, que en este tema no existen los problemas relativos a la traslación o no de la culpa del obligado a los demás, que son los que motivan disidencias doctrinales cuando hay pluralidad de deudores.

Al igual que en el caso de la pluralidad de deudores, la pluralidad de acreedores se presenta no sólo si existe multiplicidad inicial de sujetos acreedores, sino cuando el sujeto activo fallece dejando herederos.

A continuación, estudiaremos cada uno de los supuestos que podrían presentarse:

(a) Que la obligación principal y la cláusula penal sean de naturaleza divisible. En este sentido, podemos proponer el siguiente ejemplo:

José vende a Eduardo y Jorge 20,000 toneladas de cartón prensado, estipulándose como penalidad para el supuesto de cumplimiento tardío, la cantidad de 1,000 nuevos soles por cada día de retraso en la entrega. José entrega a Eduardo 10,000 toneladas, pero no cumple con entregar las 10,000 toneladas restantes a Jorge.

En este caso, sólo el coacreedor impago podría demandar la pena por la parte que a él le corresponde. El acreedor a quien se le ha satisfecho su porción en el crédito ha quedado desinteresado; en consecuencia, ningún derecho tiene a reclamar la pena convenida. Por consiguiente, en nuestro ejemplo, José deberá a Jorge 500 nuevos soles por cada día de demora.

Como indicamos al tratar el tema de la pluralidad de acreedores, ella se produce no sólo por la estipulación contractual inicial, sino también por el fallecimiento del sujeto activo, el mismo que deja herederos.

(b) Que la obligación principal sea indivisible y la cláusula penal divisible. Para entender mejor este supuesto, planteamos el siguiente ejemplo: Luis vende a Jorge su yegua, pactándose que la falta de entrega oportuna será sancionada con la suma de 500 nuevos soles. Jorge muere dejando como herederos a Carla y Antonio.

En dicho caso, si Luis no entrega la yegua en el plazo estipulado, cada acreedor (Carla y Antonio) tiene derecho para pedir la parte que le corresponde en la cláusula penal.

Si Luis entrega la yegua objeto de la prestación a Antonio o a Carla en el tiempo convenido, se libera de la obligación con relación a su coacreedor, en la medida en que cumpla con las condiciones previstas por el artículo 1176 del Código Civil.

(c) Que la obligación principal y la cláusula penal sean de naturaleza indivisible. Dentro de tal orden de ideas, podemos apelar al siguiente ejemplo: Jorge vende a Antonio y a Carla un perro de pedigrí, estipulándose que la falta de cumplimiento de la obligación de dar será sancionada con la entrega de una bicicleta.

En dicho caso, el deudor se libera de su obligación entregando el objeto debido a cualquiera de los compradores. Si no cumpliera con entregar el perro de pedigrí, cualquiera de los acreedores, Carla o Antonio, podrá exigir el íntegro de la penalidad estipulada, por lo que su pago a uno de ellos liberaría al deudor, sin perjuicio de las acciones que correspondan en la relación interna al sujeto activo que no cobró.

(d) Que la obligación principal sea divisible y la cláusula penal indivisible. Para este supuesto planteamos el siguiente ejemplo: Eduardo vende a Juan 30,000 toneladas de cartón prensado, acordando que la falta de cumplimiento oportuno dará derecho a que el comprador pueda exigir la entrega de un automóvil determinado. Juan muere dejando como herederos a Antonio y a Carla. Eduardo entrega 15,000 toneladas de cartón prensado a Antonio, pero nada a Carla.

En este caso, cabe formular las siguientes interrogantes: ¿quién puede exigir la pena?, ¿cuánto puede reclamarse?

Aquí observamos que no obstante que la cláusula penal es indivisible, parece claro que el acreedor satisfecho, en nuestro ejemplo Antonio, no podría reclamar la penalidad. Por consiguiente, sólo Carla tendría derecho a exigirla.

En este sentido, el coacreedor impago podría exigir la cláusula penal íntegra en razón de su carácter indivisible. Sin embargo, no debemos perder de vista que el deudor ha efectuado un pago parcial y no sería lógico suponer que su situación sea la misma que la del deudor que ha incumplido íntegramente la prestación principal.

Por ello, cabe analizar qué efectos produciría el cumplimiento parcial de la prestación principal por el deudor en favor de uno de los coacreedores.

En nuestra opinión, el cumplimiento parcial de la obligación principal debería tener como efecto la reducción de la penalidad, pero ¿cómo se procedería a tal reducción si la cláusula penal es de naturaleza indivisible? Dada esta dificultad, compartimos lo expuesto por Llambías, en el sentido de que si permitiéramos que el acreedor impago haga suya la pena entera se produciría un enriquecimiento sin causa, más aún si el acreedor satisfecho no tendría acción contra su coacreedor en razón de que éste carecería del derecho a exigir la pena convencional.

En consecuencia, la prestación tendría que convertirse en dinero y sólo se entregaría la mitad.

### *8.1.3. Pluralidad de deudores y de acreedores*

Antes de analizar cada uno de los supuestos que podrían presentarse cuando exista pluralidad de deudores y de acreedores, es importante señalar que el Código Civil no regula dichos casos.

A nuestro entender, su solución se reduce a aplicar los principios antes expuestos, aunque desde luego ellos ofrecen mayor complejidad.

Dentro de tal orden de ideas se podrían presentar las siguientes posibilidades:

(a) Que la obligación principal y la cláusula penal sean de naturaleza divisible. En este caso se trataría del siguiente ejemplo: Juan y Pedro se comprometen en entregar a Luis y a Alfredo cuatro bicicletas de carrera (nuevas e idénticas), obligándose, en caso de incumplimiento, a pagar una penalidad de 500 dólares americanos.

En dicho supuesto, cada acreedor sólo podría exigir a cada deudor una bicicleta, porque cada uno tiene una porción del 50% del crédito. Asimismo, en caso de incumplimiento cada acreedor tendría derecho a reclamar de cada deudor 125 dólares americanos, en razón de que su cuota-parte en la cláusula penal es de 250 dólares americanos.

Si en nuestro ejemplo Juan entregara a Luis y a Alfredo una bicicleta a cada uno, Juan nada debería y los acreedores nada podrían exigirle.

Ahora bien, si Pedro sólo cumpliera con entregar a Luis una bicicleta y Juan no entregara nada a ninguno de los coacreedores, tendríamos como resultado que Pedro deberá entregar una bicicleta a Alfredo o, si éste le exige la penalidad, deberá pagar la suma de 125 dólares americanos. Por otra parte, Juan deberá a cada uno de los acreedores una bicicleta o, en su defecto, su cuota correspondiente en la cláusula penal, es decir 125 dólares americanos a cada uno.

(b) Que la obligación principal sea indivisible y la cláusula penal divisible. Para una mejor comprensión del presente caso, recogemos el siguiente ejemplo: Raúl y Sebastián venden a María y a Luisa un automóvil, obligándose a pagar por cada día de retraso en la entrega la suma de 200 dólares americanos.

En ese supuesto, las acreedoras tendrían derecho a exigir a cualquiera de los deudores la entrega del automóvil. Si esta obligación no se cumpliera, cada acreedora sólo podría demandar a cada deudor la suma de 50 dólares americanos diarios.

Finalmente, si el automóvil no se entregara por culpa exclusiva de uno de los deudores, el deudor no culpable tendría expedito su derecho para reclamar de aquél que dio lugar a la aplicación de la pena (argumento del artículo 1350 del Código Civil Peruano).

(c) Que la obligación principal y la cláusula penal sean de naturaleza indivisible. Para este supuesto, reseñamos el siguiente ejemplo: Juan y Pedro venden a María y a Luisa un caballo de pedigrí (bien cierto), estipulándose que la falta de cumplimiento de la obligación será sancionada con la entrega de un automóvil (bien cierto).

En este caso, la obligación se extinguiría para cualquiera de los deudores si uno de ellos cumple con la obligación de entregar el caballo de pedigrí a cualquiera de las compradoras, en las condiciones previstas por el artículo 1176 del Código Civil. Sin embargo, si no se entregara, cualquiera de los deudores responderá ante cualquiera de las acreedoras por la cláusula penal pactada, teniendo derecho el codeudor no culpable a reclamar de aquél que dio lugar a que se aplicara la penalidad.

(d) Que la obligación principal sea divisible y la cláusula penal indivisible. Representamos este supuesto con el siguiente ejemplo: Juan y Pedro venden a Antonio y a Luis 8,000 toneladas de cartón prensado, conviniéndose para la falta de cumplimiento una penalidad

cuyo objeto consiste en la entrega de una máquina de determinadas características.

En este caso, si Juan entregara a Antonio y a Luis 2,000 toneladas de cartón prensado a cada uno y Pedro incumpliera su obligación, tanto Juan como Pedro deberían la máquina, pues siendo la cláusula penal de naturaleza indivisible, cada deudor estaría obligado a pagar la pena íntegra.

Por otra parte, si Juan y Pedro hubiesen entregado a Antonio 2,000 toneladas de cartón prensado cada uno, dicho acreedor nada podría exigir y sólo Luis estaría en condiciones de solicitar la entrega de la máquina.

Sin embargo —como se ha señalado al estudiar el tema de la pluralidad de acreedores—, los deudores se verían perjudicados, ya que no obstante que habrían cumplido parcialmente la obligación, deberían el total de la pena.

Por ello, conforme a la posición adoptada al respecto, somos de la opinión que los deudores tendrían acción contra Luis para la restitución del valor proporcional de la prestación parcialmente ejecutada.

### 8.2. Mancomunidad y solidaridad en la cláusula penal

Antes de ingresar al análisis de este tema, señalamos que, al igual que en los casos de la divisibilidad e indivisibilidad de la cláusula penal, distinguiremos entre la pluralidad de deudores, la pluralidad de acreedores y la pluralidad simultánea de sujetos activos y pasivos.

#### *8.2.1. Pluralidad de deudores*

Si la cláusula penal es mancomunada, cada codeudor responderá únicamente por su parte (en aplicación de lo dispuesto por el artículo 1182 del Código Civil). Por el contrario, si la cláusula penal es solidaria, cada uno de los codeudores responderá por el íntegro (artículo 1349 del Código Civil), pero pagada por uno completamente, termina para los demás la obligación de satisfacerla.

Precisa indicarse que los codeudores no culpables tendrán expedito su derecho para reclamar de aquel que dio lugar a la aplicación de la pena (artículo 1350 del Código Civil).

El artículo 1349 contempla la situación en que la cláusula penal, siendo por la naturaleza de su objeto divisible, no es susceptible de cum-

plimiento parcial por haberse estipulado expresamente la solidaridad entre los diversos obligados (la solidaridad no se presume, según lo dispuesto por el artículo 1183 del Código Civil), tal como si se hubiera convenido que si no se ejecuta el objeto de la obligación principal, los coobligados pagarán solidariamente la multa de tantos nuevos soles diarios.

Hecha esta aclaración, podemos extraer algunas conclusiones de lo dispuesto por el artículo 1349 bajo comentario:

(a) Con respecto al primer párrafo.

(a.1) Si la penalidad fuese solidaria y divisible, cada uno de los deudores quedará obligado a satisfacerla íntegramente.

(a.2) Si la penalidad fuese solidaria e indivisible, cada uno de los deudores quedará obligado a satisfacerla íntegramente. Esta conclusión se deriva del tratamiento que el Código Civil otorga a la indivisibilidad y a la solidaridad.

(b) Con respecto al segundo párrafo.

Como se recuerda, la solidaridad, a diferencia de las reglas sobre indivisibilidad, se hereda con carácter mancomunado.

(b.1) Si la cláusula penal fuese solidaria y divisible, los herederos del deudor deberán satisfacerla en proporción a las participaciones que les corresponda en la herencia. Sin embargo, en este caso los herederos reunidos serán considerados como un solo deudor solidario en relación con los otros codeudores.

Por lo demás, la solidaridad subsiste, respecto a la cláusula penal, en cuanto a los codeudores originarios que se mantienen con vida.

(b.2) Si la cláusula penal fuese solidaria e indivisible, cada uno de los herederos del codeudor quedará obligado a satisfacer la penalidad íntegramente, en la misma condición que los otros codeudores, pues si bien la obligación solidaria se hereda como mancomunada, la indivisibilidad sí se hereda en la misma condición de indivisible.

### *8.2.2. Pluralidad de acreedores*

El Código Civil —al igual que en el caso de la divisibilidad e indivisibilidad de la cláusula penal— no se ha colocado en la hipótesis de la pluralidad de acreedores para el tema bajo análisis.

Ello es metodológicamente explicado con el fin de evitar la reiteración de normas. En consecuencia, no encontramos dificultad alguna para aplicar al tema las reglas antes expuestas.

Se comprende, desde luego, que si la cláusula penal es mancomunada y divisible, cada acreedor podrá exigir al deudor la proporción de su parte correspondiente en la pena.

Si la cláusula penal es solidaria, sea su objeto de naturaleza divisible o indivisible, cualquiera de los coacreedores podrá exigir el íntegro de la pena al deudor, pudiendo éste efectuar el pago a cualquiera de ellos, aun cuando hubiese sido demandado sólo por alguno (argumento del artículo 1185 del Código Civil). Sin embargo, el acreedor que cobra la deuda responderá ante los demás de la parte que les corresponda en la obligación (artículo 1190 del Código Civil).

Ahora bien, si aplicamos el principio contenido en el segundo párrafo del artículo 1349 para este supuesto, podemos afirmar lo siguiente:

(a) Teniendo en cuenta que la solidaridad se hereda como mancomunidad (artículo 1187, segundo párrafo), si la cláusula penal fuese solidaria y divisible y se produjera el fallecimiento de uno de los coacreedores solidarios, los herederos del mismo sólo podrían exigir al deudor la penalidad en proporción a sus respectivas participaciones en la herencia, siendo considerados como un solo acreedor en la relación con los otros coacreedores, ya que el fallecimiento de alguno de los coacreedores no hace desaparecer la solidaridad respecto a los demás coacreedores originarios.

(b) Si la cláusula penal fuese solidaria e indivisible, cada uno de los herederos del coacreedor solidario podrá exigir el pago íntegro de la penalidad al deudor, en concurrencia con los demás coacreedores solidarios, pues si bien la solidaridad se hereda como mancomunidad, la indivisibilidad se hereda en la misma condición (es decir, de manera indivisible, según lo dispuesto por el artículo 1177 del Código Civil). Como ha sido señalado, cuando se produce la concurrencia de aplicación entre normas de las obligaciones divisibles (preceptos por los que se rigen las obligaciones mancomunadas, según lo previsto por el artículo 1182 del Código Civil) y de las obligaciones indivisibles, priman estas últimas. Aquí la exigibilidad por el íntegro se impone debido a la naturaleza propia del objeto de la pena.

### *8.2.3. Pluralidad de deudores y de acreedores*

Al igual que para el caso de pluralidad de acreedores, el Código Civil acertadamente ha omitido regular este supuesto.

Si la cláusula penal es mancomunada y divisible, cada codeudor responderá únicamente por la parte que le corresponda en la cláusula penal ante el requerimiento de pago por cualquiera de los coacreedores. Asimismo, cada coacreedor sólo podrá reclamar a cada codeudor en proporción a su cuota en la pena convencional.

Si la cláusula penal se ha estipulado como solidaria, sea su objeto de naturaleza divisible o indivisible, cada uno de los codeudores responderá por el íntegro frente al requerimiento de la misma por cualquiera de los coacreedores, pero pagada por uno completamente termina para los demás la obligación de satisfacerla. En este caso, los codeudores no culpables tendrán expedito su derecho para reclamar de aquel que dio lugar a la aplicación de la pena.

Por otro lado, cada uno de los coacreedores podrá exigir el total de la cláusula penal a cualquiera de los codeudores solidarios o a todos ellos simultáneamente (argumento del artículo 1186 del Código Civil), pudiendo los codeudores efectuar el pago a cualquiera de los coacreedores solidarios, aun cuando hubiese(n) sido demandado(s) sólo por alguno. Sin embargo, el coacreedor que cobra la deuda responderá ante los demás por la parte que les corresponda en la pena.

Ahora bien, si aplicamos el principio contenido en el segundo párrafo del artículo 1349 del Código Civil para el supuesto bajo análisis, debemos expresar lo siguiente:

(a) Si la cláusula penal es solidaria y divisible, y se produjera el fallecimiento de un codeudor y/o de un coacreedor solidario —teniendo presente que la solidaridad se hereda como mancomunidad—, los herederos deberán satisfacer y/o exigir la pena respectivamente, en proporción a sus correspondientes participaciones en la herencia, siendo considerados como un solo codeudor y/o un solo coacreedor en la relación con los otros codeudores y/o coacreedores originarios, ya que el fallecimiento de alguno de ellos no hace desaparecer la solidaridad respecto de los demás.

(b) Por otra parte, si la cláusula penal fuese solidaria e indivisible, cada uno de los herederos del codeudor y/o coacreedor solidario podrá

satisfacer y/o exigir el pago del íntegro de la penalidad, en concurrencia con los demás codeudores y/o coacreedores originarios. Esta solución encuentra sustento en los mismos argumentos antes señalados para los casos de pluralidad de deudores y de acreedores.

## 9. DERECHOS DE LOS CODEUDORES NO CULPABLES DEL INCUMPLIMIENTO

El último artículo a través del cual se regula el tema de la cláusula penal es el 1350, cuyo texto lo transcribimos nuevamente:

> *Artículo 1350.- «Los codeudores que no fuesen culpables tienen expedito su derecho para reclamar de aquél que dio lugar a la aplicación de la pena».*

Dicha norma tiene aplicación en los casos en que las obligaciones principales garantizadas con cláusulas penales sean divisibles, indivisibles, mancomunadas o solidarias, porque el precepto sólo se refiere a la penalidad pactada, mas no a la obligación principal, ya que el cumplimiento de ésta se rige por las reglas analizadas al estudiar las obligaciones con pluralidad de sujetos.

El artículo 1350 simplemente prescribe que una vez producido el incumplimiento, y al deberse éste a causas imputables a uno o a algunos de los codeudores, el o los demás codeudores no culpables tendrán expedito su derecho para reclamar internamente al deudor culpable, a fin de que sólo él asuma el íntegro del monto de la penalidad pagada al acreedor o acreedores comunes.

# Bibliografía consultada


ALBALADEJO, Manuel. *Derecho Civil*. Barcelona: Librería Bosch, tomo II.

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Chileno*. Santiago de Chile: Universitaria, 1943.

ALTERINI, Atilio Aníbal, Óscar José AMEAL y Roberto M. LÓPEZ CABANA. *Curso de Obligaciones*. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1988, tomos I y II.

HINOSTROZA MÍNGUEZ, Alberto. *La nulidad procesal en el proceso civil*. Lima: Gaceta Jurídica, 2002, 2.ª edición.

ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María. «Apuntes sobre los alcances de la autoridad de la cosa juzgada en el Proceso Civil Peruano». En *Doctrina contemporánea*. Trujillo: Editora Normas Legales, 2003, pp. 487 y 488.

BAUDRY-LACANTINERIE, G. *Précis de Droit Civil*. París: Librairie de la Societé du Recueil Gal des Lois et des arrêts, 1896, tomo II.

BOFFI BOGGERO, Luis María. *Tratado de las Obligaciones*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1979.

BONNECASE, Julien. *Elementos de Derecho Civil, Derecho de Obligaciones*. Traducción de José M. Cajica Jr. Puebla: Biblioteca Jurídico-Sociológica, 1945, tomo II.

BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil, Obligaciones*. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1986, Octava Edición actualizada, tomo I.

BUSSO, Eduardo B. *Código Civil Anotado, Obligaciones*. Buenos Aires: EDIAR Editores. Sucesores de Compañía Argentina de Editores, 1951, tomos III y IV.

BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Teoría General de la Responsabilidad Civil*. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot, 6.ª edición actualizada.

CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1989, tomo III.

CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. «Reflexiones sobre la mutabilidad e inmutabilidad de la pena contractual». En *Tendencias actuales y perspectivas del Derecho Privado y el Sistema Jurídico latinoamericano*. Lima: Cultural Cuzco Editores, 1990, pp. 348-351.

CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. En ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984. Los Derechos Reales*. Lima: Librería Studium, 1991, tomo II, p. 249.

CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. «Intereses legales e indemnización de daños (Acerca del segundo párrafo del artículo 1985 del Código Civil)». En *Revista Ius et Veritas*. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, n.º 8, año V, junio de 1994, p. 22.

CASTILLO FREYRE, Mario. *El precio en el contrato de compraventa y el contrato de permuta*. Biblioteca «Para leer el Código Civil». Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993, vol. XIV.

CAZEAUX, Pedro N. y Félix A. TRIGO REPRESAS. *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. La Plata: Editorial Platense, 1986, tomos I y II.

COLIN, Ambroise y Henri CAPITANT. *Curso Elemental de Derecho Civil*. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1955, tomo II.

COLMO, Alfredo. *De las Obligaciones en General*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1961, pp. 4 y ss.

CORNEJO, Ángel Gustavo. *Exposición sistemática y comentario. Derecho de Obligaciones*. Lima, 1938, vol. I, tomo II.

DE GÁSPERI, Luis. *Tratado de las Obligaciones en el Derecho Civil Paraguayo y Argentino*. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1945-1946, tomos I y II.

DE LA VEGA VÉLEZ, Antonio. *Bases del Derecho de Obligaciones*. Bogotá: Editorial Temis, 1978.

DE RUGGIERO, Roberto. *Instituciones de Derecho Civil*. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1944, tomo II.

DEMOGUE, René. *Traité des Obligations en Général*. París: Librairie Arthur Rousseau, Rousseau et Cie., rue Soufflot, 14, 1923, Parte Primera, tomo I.

DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Madrid: Editorial Tecnos, 1979, tomo I.

DÍEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN. *Sistema de Derecho Civil*. Madrid: Editorial Tecnos, 1985, vol. II.

DUPICHOT, Jacques. *Derecho de las Obligaciones*. Versión Castellana de Rosangela Calle. Bogotá: Librería Editorial Temis, 1984.

EMILIANI ROMÁN, Raimundo. *Conferencias de Obligaciones*. Bogotá: Editorial Temis, 1980.

ENNECCERUS, Ludwig, Theodor KIPP y Martín WOLFF. *Derecho de Obligaciones*. Barcelona: Bosch, 1955, 2.ª edición, vol. I, tomo II.

FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. «La naturaleza jurídica de los intereses: Punto de conexión entre Derecho y Economía». En *Revista Derecho*. Lima: Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, n.º 45, 1991.

FERREIRÓS, Estela. *Incumplimiento obligacional («astreinte» y cláusula penal)*. Buenos Aires: La Rocca, 1998, p. 132.

GIORGI, Giorgio. *Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno*. Expuesta conforme a la doctrina y a la jurisprudencia italiana, francesa, alemana, etc. Traducida de la sétima edición italiana y anotada con arreglo a las legislaciones española y americanas, por la redacción de la Revista General de la Legislación y Jurisprudencia. Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación, 1909, vol. I.

GIORGIANNI, Michele. *La Obligación*. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1958.

GOLDENBERG, Isidoro. *La relación de causalidad en la Responsabilidad Civil*. Buenos Aires: ASTREA, 1984.

HERNÁNDEZ GIL, Antonio. *Derecho de Obligaciones*. Madrid: Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces. Editorial CEURA, 1983.

JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil*. Buenos Aires: Bosch y Cía. Editores, 1952, tomo II.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *La cláusula penal*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1981.

LAFAILLE, Héctor. *Derecho Civil, Tratado de las Obligaciones*. Buenos Aires: Compañía Argentina de Editores, 1943, vol. I, tomo VI.

LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, tomo I.

LAURENT, François. *Principes de Droit Civil Français*. París: Librairie A. Maresq. Ainé, 1875-1893, tomo XVII.

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Intervención de terceros en el proceso civil*. Lima: Cuadernos Jurisprudenciales/Gaceta Jurídica, n.° 3, septiembre del 2001, p. 4.

LEÓN BARANDIARÁN, José. *Comentarios al Código Civil Peruano. Derecho de Obligaciones. Modalidades y Efectos*. Buenos Aires: EDIAR Editores, 1954, tomo II.

LERMINIER. *Philosophie du Droit*. París: Charpentier, 1891, tomo I.

LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil, Obligaciones*. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1983, 4.ª edición actualizada por Patricio Raffo Benegas, tomos I, II-A, II-B y III.

LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J. *Teoría de los Contratos*. Buenos Aires: Zavalía, 1984, Parte General, tomo 1.

MARCADÉ, V. *Explication Théorique et Pratique du Code Napoléon*. París: Librairie de Jurisprudence De Cotillon, rue Des Grés, 16, près de L'Ècole de Droit, 1852, tomo IV.

MAZEAUD, Henri, Léon y Jean. *Lecciones de Derecho Civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1959, vol. I.

MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1979, tomo IV.

MOSSET ITURRASPE, Jorge. «La relación causal». En *Responsabilidad Civil*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1992, pp. 106 y 107.

MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Contratos*. Buenos Aires: EDIAR, 1988, tomo I.

NEGRI, Héctor. *La Obligación*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1970.

NÚÑEZ, Ricardo. *Derecho Penal Argentino*. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1959, Parte General, vol. I.

OSTERLING PARODI, Felipe. *Las Obligaciones*. Biblioteca «Para leer el Código Civil». Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1988, vol. VI.

OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. *Tratado de las Obligaciones*. Biblioteca «Para leer el Código Civil». Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Primera Parte, Segunda Parte, Tercera Parte y Cuarta Parte, vol. XVI, tomos I al XVI, 1994, 1996, 1997, 1999 y 2003.

PLANIOL, Marcel y Georges RIPERT. *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, Las Obligaciones*. Traducción española de Mario Díaz Cruz del Colegio de Abogados de la Habana, Cuba. La Habana: Cultural, 1945, Primera Parte, tomo VI.

POTHIER, Robert Joseph. *Tratado de las Obligaciones*. Barcelona: Biblioteca Científica y Literaria, s/f., 3.ª edición, Primera Parte.

REZZÓNICO, Luis María. *Estudio de las Obligaciones en Nuestro Derecho Civil*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1961, vol. I.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*. Madrid: Espasa Calpe, 2002, 22.ª edición, tomos 2, 5, 6 y 8.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. En http://buscon.rae.es/rae.html

REGLERO CAMPOS, Fernando. *Tratado de la Responsabilidad Civil*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2002.

SALVAT, Raymundo M. *Tratado de Derecho Civil Argentino, Obligaciones en General*. Edición actualizada con textos de doctrina, legislación y jurisprudencia por Enrique V. Galli. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1952, tomos I y II.

SAPENA PASTOR, Raúl. *Fuentes Próximas del Código Civil*. Asunción: Editorial El Foro, 1986.

SERRANO, Eduardo. «Consideraciones sobre la dación en pago». En *Revista de Derecho Privado*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1978.

TAMASELLO HART, Leslie. *El daño moral en la responsabilidad contractual*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1969.

TOULEMON, André. *El Menosprecio de los Contratos y la Crisis*. Traducción de José María Cantillo. Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 1945.

VIDAL RAMÍREZ, Fernando. En REVOREDO MARSANO, Delia. *Código Civil*. Lima: Okura Editores, 1985, tomo VI, p. 817.

VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *La Bolsa en el Perú*. Lima: Editorial Cultural Cuzco, 1988.

WAYAR, Ernesto Clemente. *Tratado de la Mora*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1981.

WAYAR, Ernesto Clemente. *Derecho Civil. Obligaciones*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1990, tomo I.

*Se terminó de imprimir, en los talleres*
*de* ***Grández Gráficos*** *S.A.C.*
*el mes de diciembre de 2008,*
*por encargo de Palestra Editores S.A.C.*
*www.grandezgraficos.com*
*Teléf.:(511) 531-4658*