

## LA COMPENSACIÓN

Felipe Osterling Parodi\*  
Mario Castillo Freyre\*\*

1. CONSIDERACIONES GENERALES.— 2. REQUISITOS DE LA COMPENSACIÓN UNILATERAL.— 2.1. QUE LAS OBLIGACIONES SEAN RECÍPROCAS.— 2.2. QUE LAS OBLIGACIONES SEAN LÍQUIDAS.— 2.3. QUE LAS OBLIGACIONES SEAN EXIGIBLES.— 2.4. QUE LAS PRESTACIONES SEAN FUNGIBLES Y HOMOGÉNEAS.— 3. COMPENSACIÓN BILATERAL.— 4. PROHIBICIÓN DE LA COMPENSACIÓN.— 4.1. SE PROHÍBE LA COMPENSACIÓN EN LA RESTITUCIÓN DE BIENES DE LOS QUE EL PROPIETARIO HAYA SIDO DESPOJADO.— 4.2. SE PROHÍBE LA COMPENSACIÓN EN LA RESTITUCIÓN DE BIENES DEPOSITADOS O ENTREGADOS EN COMODATO.— 4.3. SE PROHÍBE LA COMPENSACIÓN DEL CRÉDITO INEMBARGABLE.— 4.4. ENTRE PARTICULARES Y EL ESTADO, SALVO EN LOS CASOS PERMITIDOS POR LA LEY.— 5. Oponibilidad de la compensación por el garante.— 6. Oponibilidad de compensación al cedido.— 7. Imputación legal de compensación.— 8. Intangibilidad de los derechos adquiridos por efecto de compensación.— 9. RENUNCIA A LA COMPENSACIÓN.— 9.1. RENUNCIA EXPRESA.— 9.2. RENUNCIA TÁCITA.—

### 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 se deriva de *pensare cum*, que significa «pensar 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.

---

\* Felipe Osterling Parodi, Doctor en Derecho y Abogado en ejercicio, socio del Estudio Osterling; profesor de Obligaciones en la Pontificia Universidad Católica del Perú y profesor extraordinario en la Universidad de Lima y en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Fue Presidente de la Comisión que tuvo a su cargo el Estudio y Revisión del Código Civil de 1936, que dio origen al Código Civil de 1984. En tal condición fue ponente del Libro VI sobre las Obligaciones. Ha sido Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Ministro de Estado en la cartera de Justicia, Senador y Presidente del Congreso de la República, Decano del Colegio de Abogados de Lima y Presidente de la Academia Peruana de Derecho.

\*\* Mario Castillo Freyre, Magíster y Doctor en Derecho, Abogado en ejercicio, socio del Estudio que lleva su nombre; profesor de Obligaciones y Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú, en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón y en la Universidad de Lima. [www.castillofreyre.com](http://www.castillofreyre.com).

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 la que la ley peruana alude en 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 adeudaba 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 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 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<sup>1</sup> 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.

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 aquellas 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 aquellas contraídas con arreglo al nominalismo.<sup>2</sup>

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.

Dentro de tal orden de ideas, queda claro que son deudas compensables las obligaciones líquidas, mas no las ilíquidas.

---

<sup>1</sup> CAZEAUX, Pedro N. y Félix A. TRIGO REPRESAS. *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. La Plata: Editorial Platense, 1986, tomo II, pp. 298 y 301.

<sup>2</sup> 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.

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 inexistencia.
- Los créditos expectativos.
- 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 m<sup>2</sup>. 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 m<sup>2</sup>. 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 m<sup>2</sup> 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, siuviésemos 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 basta 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 concurren 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.

Pese a que lo reiteramos, la compensación bilateral sólo tendrá cabida cuando falte alguno de los requisitos señalados en el artículo 1288, hay un requisito que no puede faltar, esto es la reciprocidad.

¿Cómo compensar obligaciones que no sean recíprocas. En las que los sujetos de las relaciones obligatorias, aunque con una calidad distinta, no sean los mismos?

Sería imposible compensar obligaciones que no sean recíprocas. 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.<sup>3</sup>

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 concurren 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.

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.

---

<sup>3</sup> 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.

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 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 mutuuario está obligado a devolver, sean exactamente 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 al 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 inadmisibles 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. 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, 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-creedor», 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 codeudor solidario (respecto de la deuda común) contra el crédito que otro codeudor tuviera con el acreedor, con mayor razón resultaría inadmisibles 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.<sup>4</sup>

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.

## 6. Oponibilidad de 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

---

<sup>4</sup> 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).

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 transmitirle 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 aun, 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 la posibilidad 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 supuesto 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 por recorrer 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 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 otras 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 suplente 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, aplicándose 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 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 expresamente excluye 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 partes, 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 un 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, puede oponerla; ni el juez ni el árbitro pueden declararla de oficio, así como tampoco pueden alegarla los codeudores solidarios.<sup>5</sup>

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.

### **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 parte final 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 ésta 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 señalamos anteriormente, 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.

---

<sup>5</sup> 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.

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.

Lima, junio de 2009.