

LOS MEDIOS EXTINTIVOS DISTINTOS AL PAGO Y LAS  
OBLIGACIONES INDIVISIBLES Y SOLIDARIAS

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

**SUMARIO:**

1. ***Supuesto de consolidación entre el acreedor y uno de los deudores.***
2. ***Supuestos de novación, compensación, condonación, consolidación y transacción total de la obligación practicados entre el deudor común y uno de los acreedores.***
3. ***Supuestos de novación, compensación, condonación, consolidación y transacción parcial de la obligación practicados entre el deudor común y uno de los acreedores.***
4. ***Supuestos de novación, compensación, condonación y transacción total de la obligación practicados por el acreedor común y uno de los deudores.***
5. ***Supuestos de novación, compensación, condonación y transacción parcial de la obligación practicados por el acreedor común y uno de los deudores.***

1. ***Supuesto de 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

---

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

\*\* 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.

propia de las obligaciones indivisibles-, no se extingue la obligación respecto de los demás codeudores, pudiendo el acreedor (ex-codeudor) 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<sup>1</sup>, la confusión no extingue la obligación indivisible, salvo que alcance a la totalidad de los deudores y acreedores. Así, a entender del autor citado, 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<sup>2</sup>.

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. Este 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 ex-codeudor 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

---

<sup>1</sup> SALVAT, Raymundo M. Tratado de Derecho Civil Argentino, Obligaciones en General, Edición actualizada con textos de doctrina, legislación y jurisprudencia por Enrique V. Galli, Tomo II, Páginas 47 y 48. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1952.

<sup>2</sup> LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, Tomo II - A, Página 517. Cuarta edición actualizada por Patricio Raffo Benegas. Editorial Perrot, Buenos Aires, agosto de 1983.

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.

Para el caso de las obligaciones solidarias tenemos el artículo 1191. 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 ex-deudor se convertirá en el nuevo acreedor; a diferencia del caso anterior, en que el ex-acreedor se convertirá en deudor de los otros coacreedores.

El Doctor León Barandiarán<sup>3</sup> cita al jurista argentino Juan Antonio Bibiloni, cuando señala al respecto lo siguiente:

"La unión en la misma 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

---

<sup>3</sup> LEON BARANDIARAN, José. Comentarios al Código Civil Peruano. Derecho de Obligaciones. Modalidades y Efectos, Tomo II, Páginas 150 y 151. Ediar. Sociedad Anónima Editores, Buenos Aires, 1954.

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."

Hasta aquí las expresiones de Babiloni.

Como dice Luis de Gásperi<sup>4</sup>, este tema no escapó a los perspicaces jurisconsultos romanos. Señala el autor paraguayo la dificultad de decidir si, por la confusión operada entre un acreedor y un deudor, quedaba extinguida la deuda, incluso la obligación accesoria del fiador; pero advierte que no admitió lo mismo Paulo para la hipótesis de haber dos **rei promittendi** y devenir el acreedor heredero de uno de ellos, caso en el cual dijo haber justo motivo de dudar, **justo dubitatio est**, si el otro quedaba igualmente liberado, como si fuera un caso de pago, o si, por el contrario, la confusión liberaba solamente a una persona.

Continúa expresando De Gásperi que Paulo distinguió según que hubiese o no sociedad entre los **correi**, "Primus" y "Secundus"; no habiéndola, la confusión operada porque el acreedor había heredado a "Primus", no alteraba su derecho contra "Secundus", porque en la sucesión de su deudor no había encontrado ninguna obligación de garantía respecto de "Secundus"; habiéndola, por el contrario, la circunstancia de que, por fallecimiento de "Primus", hubiese venido el acreedor a sucederle, alteraría profundamente su derecho contra "Secundus", porque, constreñido éste a pagar la totalidad de la deuda correal, podría invocar su sociedad con "Primus" para ejercer un recurso contra él, y ser de esta suerte dispensado de pagar la parte por la cual tendría la acción **pro socio**, es decir la mitad, si es que ésta hubiese sido contratada **ex aequis partibus**.

Según De Gásperi, estos principios fueron trasladados al moderno Derecho Civil Francés, conforme resulta de los artículos 1209 y 1309 **in fine** del Código Napoléon; contempla el primero de estos preceptos el caso de que uno de los deudores venga a ser heredero único del acreedor o que el acreedor venga a ser heredero único de uno de los deudores, situaciones ambas en las cuales la confusión no extingue el crédito solidario más que por la parte y porción del deudor o acreedor.

Precisa De Gásperi que la expresión "heredero único" no excluye la aplicación del precepto a los casos en que el deudor sólo sucede por parte a su acreedor o "viceversa"; agrega que el artículo 1301 de dicho Código dispone que, cuando se realiza la confusión en la persona del deudor principal, aprovecha a sus fiadores. Lo que se opera en la persona del fiador no implica la extinción de la obligación principal. La que tiene lugar en la persona del acreedor, no aprovecha a sus codeudores solidarios más que en la porción en la cual era deudor; dan los civilistas franceses como razón de la última parte de este precepto, la naturaleza particular de la confusión que, según ellos, "no extingue la deuda, sino que sólo

---

<sup>4</sup> DE GASPERI, Luis. Tratado de las Obligaciones en el Derecho Civil Paraguayo y Argentino, Tomo II, Páginas 91 y siguientes. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1945 a 1946.

impide al acreedor el ejercicio de la acción, dado que debe obrar contra sí mismo." Así, entiende De Gásperi que si hay cuatro deudores solidarios, uno de los cuales deviene heredero del acreedor común, la confusión operada de esta suerte, si impide que éste accione contra sí mismo por la parte que al difunto correspondía en la obligación, no le impide accionar contra los otros, con deducción de la parte en que él mismo viene a ser acreedor; en tanto que si alguno de los codeudores resultase insolvente, debe soportar la cuota que en la porción del insolvente le corresponde.

De Gásperi interpreta que cuando Laurent dice que la confusión "no extingue la deuda, sino que sólo impide al acreedor el ejercicio de la acción, dado que debe obrar contra sí mismo", confunde el vínculo jurídico obligacional entre deudores y acreedores, con las relaciones internas entre los mismos. Desde el primer punto de vista no hay sino una sola obligación; desde el segundo, hay cuotas, partes o porciones, iguales o desiguales, como los acreedores y los deudores lo hubiesen reglado en sus contratos, y, en su defecto, que cada acreedor y cada deudor correal debe reputarse frente a frente como si fuese el único, o como si los demás no existiesen. Agrega que si hubiese tres deudores y tres acreedores solidarios en una obligación por \$ 30,000 y, prevenido un deudor, fallece el acreedor que le demandó, al cual sucede como único heredero, y a tal título deviene acreedor de todo aquello de que el difunto era acreedor, le sucede en la plenitud del crédito, no en una parte; y porque le sucede en el todo, la confusión así operada no extingue sólo la porción que en el crédito le correspondía, sino la deuda entera, por lo que puede accionar contra sí mismo, pero de aquí no debe inferirse que sólo por su parte que heredó del acreedor, sino que puede accionar por el saldo contra sus codeudores, los cuales, en virtud del beneficio de división podrían liberarse pagándole cada uno su cuota en la deuda, y se daría en este caso la acción recursoria, precisamente por haberse extinguido el vínculo obligatorio respecto de todos los acreedores<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> Como referencia, cabe precisar que sobre este punto había una contradicción entre dos textos legales del Código Civil Argentino: el artículo 707 que enumeraba la confusión entre los medios extintivos que extienden su efecto a todos los codeudores, y el artículo 866 según el cual la confusión entre uno de los codeudores solidarios y el acreedor, sólo extingue la obligación correspondiente a ese deudor o acreedor, y no las partes que pertenecen a los otros deudores y acreedores. A entender de Borda (BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, Tomo I, Página 467. Octava Edición actualizada. Editorial Perrot, Buenos Aires, 1986.), ante la colisión de estos dos textos, uno que trata de la confusión incidentalmente, y otro que contiene una norma precisa específica, era doctrina casi unánime que debía prevalecer éste, tanto más cuando que esta solución es la más razonable, porque es la que mejor se ajusta al fundamento de la confusión como medio extintivo. La Ley N° 17711 consagró esta opinión al eliminar del artículo 707 la referencia a la confusión, con lo que la contradicción quedó superada al mantener su vigencia sólo el artículo 866.

Precisamos adicionalmente que respecto a este tema, en el Proceso de Reforma de 1968, prevaleció la opinión de Borda.

Los profesores Roque Fortunato Garrido y Luis Andorno (GARRIDO, Roque Fortunato y ANDORNO, Luis. Reformas al Código Civil, Ley 17711 Comentada, Página 144.) comentan que la Reforma ha tenido por objeto eliminar la cuestión planteada con respecto a la inclusión de la confusión en la enumeración del artículo 707; teniendo en cuenta que de conformidad a lo dispuesto por el artículo 866, la confusión entre uno de los acreedores solidarios y el deudor, o entre uno de los codeudores solidarios y el acreedor, sólo extingue la obligación correspondiente a ese acreedor o ese deudor, y no las partes que pertenecen a los otros coacreedores o codeudores; y agregan que la Reforma procuró poner fin a la antítesis que se consideró existente dada la inclusión del vocablo "confusión" en la redacción primitiva del artículo 707; precisando, sin embargo, que tal solución en definitiva se determinará por el criterio que cada intérprete adopte frente a la norma específica del artículo 866.

Como señalaba Pothier<sup>6</sup>, 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 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.

Para aclarar conceptos transcribimos a continuación el texto de los preceptos citados:

**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."

**Artículo 1181.-** "(...)"

Si la obligación indivisible es solidaria, se aplican las normas de la solidaridad, así como lo dispuesto por el artículo 1177."

**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."

## 2. ***Supuestos de novación, compensación, condonación, consolidación y transacción total de la obligación practicados entre el deudor común 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.

---

<sup>6</sup> POTHIER, Robert Joseph. Tratado de las Obligaciones, Página 228. Tercera Edición, Biblioteca Científica y Literaria, Barcelona, s/f.

Prescribe la norma referida 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. Estos, 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. Concuerdan con lo establecido por el artículo 1179 del Código Civil Peruano, el tratadista italiano Domenico Barbero<sup>7</sup> y los juristas argentinos Jorge Joaquín Llambías<sup>8</sup>, Alterini, Ameal y López Cabana<sup>9</sup> y Guillermo A. Borda<sup>10</sup>.

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 aplicación plena a los supuestos de compensación, condonación, consolidación y transacción, de conformidad con lo previsto por el segundo párrafo del numeral mencionado.

Por otra parte, a diferencia de los artículos 1188 y 1189 del Código Civil, que luego analizamos y que se refieren a la solidaridad pasiva, el artículo 1190 regula los casos de solidaridad activa. 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.

---

<sup>7</sup> BARBERO, Domenico. Sistema del Derecho Privado, Tomo III, Página 323. Ediciones Juridicas Europa América, Buenos Aires, 1967.

<sup>8</sup> LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo II - A, Página 440.

<sup>9</sup> ALTERINI, Atilio Anibal, AMEAL, Oscar José y LOPEZ CABANA, Roberto M. Curso de Obligaciones, Tomo II, Páginas 201 y 202. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1988.

<sup>10</sup> BORDA, Guillermo A. Op. cit., Tomo I, Página 456.

En relación a la novación, dice De Gásperi<sup>11</sup>, 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 comentadores, para quienes, especie de dación en pago la novación, una de cuyas consecuencias es la pérdida de las seguridades que garantizaban 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 Rodière, Giorgi y Larombière es, empero, combatida por Demolombe, Barde y otros, los cuales, 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, 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 deberán 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 aquella 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

---

<sup>11</sup> DE GASPERI, Luis. Op. cit., Tomo II, Páginas 86 y 87.

cantidad originaria, aunque sea dudosa o litigiosa, al igual que en los tres casos anteriores.

La solución del Código Civil coincide con la opinión del Doctor José León Barandiarán<sup>12</sup>, 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."

Debemos señalar también qué pasaría en el supuesto en que uno de los coacreedores solidarios cobre el íntegro de la deuda.

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, esta situación no significa que sólo a él le pertenezca el íntegro 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.

---

<sup>12</sup> LEON BARANDIARAN, José. Op. cit., Tomo II, Página 164.

3. ***Supuestos de novación, compensación, condonación, consolidación y transacción parcial de la obligación practicados entre el deudor común y uno de los acreedores.***

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, cuyo texto 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."

Para concluir con este punto, debemos señalar 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.

4. ***Supuestos de novación, compensación, condonación y transacción total de la obligación practicados por el acreedor común y uno de los deudores.***

El artículo 1188<sup>13</sup> del Código Civil Peruano plantea numerosos supuestos de actos susceptibles de celebrarse entre el acreedor y uno de los deudores

---

<sup>13</sup> **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.

solidarios, respecto de la totalidad de la obligación, y las consecuencias que dichos actos acarrearían sobre los demás codeudores de la obligación, con respecto al deudor que los practicó. A decir de Alterini, Ameal y López Cabana<sup>14</sup>, a través de dichos actos, que son modos extintivos de las obligaciones, se produce la propagación de sus efectos a los demás codeudores. Esta es precisamente la regla consignada en el primer párrafo del artículo 1188 del Código Nacional. 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<sup>15</sup>, 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 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

---

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."

<sup>14</sup> ALTERINI, Atilio Aníbal, AMEAL, Oscar José y LOPEZ CABANA, Roberto M. Op. cit., Tomo II, Páginas 218 y 219.

<sup>15</sup> GIORGI, Giorgio. Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno, Volumen I, Páginas 151, 152 y 153. Expuesta conforme a la doctrina y a la jurisprudencia italiana, francesa, alemana, etc. Traducida de la séptima edición italiana y anotada con arreglo a las legislaciones española y americanas, por la redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1909.

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.

Alfredo Colmo<sup>16</sup> critica el antiguo principio del artículo 810 del Código Civil Argentino, según el cual la novación realizada entre el acreedor y uno de los deudores de una obligación indivisible extingue la obligación **erga omnes**, de suerte que los deudores que no han tomado parte en la novación, no sólo quedan desobligados de la deuda primitiva, lo propio que el deudor que la ha efectuado, sino también respecto de la nueva, en que no han sido partes, y que sólo obliga a dicho deudor. Agrega que, en general, la solución del precepto anotado es poco admisible, pues será raro el supuesto en que un acreedor entienda desobligar a los deudores restantes al novar la obligación originaria. Por otra parte, Guillermo A. Borda<sup>17</sup> opina en sentido contrario a Colmo, considerando lógica la solución del artículo 810 del Código Civil Argentino, pues en este caso la novación equivale al pago. El Código Civil Peruano de 1984 no presenta este problema.

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 efectuó 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

---

<sup>16</sup> COLMO, Alfredo. De las Obligaciones en General, Página 333. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1961.

<sup>17</sup> BORDA, Guillermo A. Op. cit., Tomo I, Páginas 636 y siguientes.

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).

Decía Pothier<sup>18</sup> que si uno de los deudores solidarios, perseguido por el acreedor, le ha opuesto, en compensación de la suma que se le pedía, una suma igual a la que le debía el acreedor, sus codeudores quedarán libres por esta compensación, como lo quedarían por efecto del pago real de la cosa. Sin embargo -recuerda Pothier-, Domat, en sus *Leyes Civiles*, decide contra este texto, diciendo que Pablo podrá oponer la compensación de lo que yo debo a Pedro por la parte de que Pedro es responsable de la deuda vis a vis de Pablo, y no por el resto; fundando la razón en que Pedro no me debe ya esta parte de la deuda de la que era responsable, por medio de la compensación de la deuda que él tenía derecho a oponerme; no debiéndose obligar a Pablo a pagar por Pedro esta parte, de la cual está quitado por la compensación. A entender de Pothier, esta razón no es del todo concluyente, pues cuando un deudor solidario paga el total de la deuda, no es más que vis a vis de sus codeudores que se le reputa pagar por ellos las partes que cada uno debía de dichas deudas, no siendo responsables de la deuda los codeudores, cada uno, más que por su parte. Pero agrega Pothier que siendo un deudor solidario vis a vis del acreedor por el total, cuando paga el total, no es vis a vis del acreedor que ha pagado las partes de sus codeudores, sino que él ha pagado lo que él mismo debía, y por consiguiente, no puede oponer más que lo que a él le es debido, y no por lo que se debe a sus codeudores, precisando Pothier que es sobre esta razón que se funda la decisión de Papiniano. Abona en favor de la opinión de Domat, que evita una reclamación, pues cuando Pablo me habrá pagado por el total la deuda que solidariamente me debía con Pedro, Pablo podrá recurrir contra Pedro por la parte de la que era responsable y, por esta parte, secuestrará entre mis manos lo que debía a Pedro, y me hará devolver, hasta la concurrencia de esta parte, lo que yo hubiera recibido; siendo esta última razón -a entender del jurista de Orléans-, por la que la práctica aconseja que se siga la decisión de Domat.

Señala Giorgi<sup>19</sup> que la importancia de la compensación como modo de extinguir la obligación en materia de solidaridad pasiva, reside, no ya en saber si el deudor solidario, convertido en acreedor del acreedor, le puede oponer su crédito, sino en determinar si tendrá además el derecho de oponerle la compensación nacida del crédito de otro codeudor solidario. Según el citado autor italiano, si examinamos el Derecho Romano, encontramos una respuesta en Papiniano, quien niega abiertamente este derecho; encontrándose el principio, según Donello y Vinnio, inconcuso en el Derecho común, siendo luego sancionado por los artículos 1294 del Código Napoleón y 1290 del Código Civil Italiano de 1865. Pero recuerda Giorgi que todos los autores franceses se hallan conformes en restringir la eficacia de esta disposición al caso de que el primero en oponer la compensación sea un deudor solidario distinto del convertido en acreedor; ya que si, por el contrario, este último hubiese hecho ya valer la

---

<sup>18</sup> POTHIER, Robert Joseph. Op. cit., Páginas 224 y 225.

<sup>19</sup> GIORGI, Giorgio. Op. cit., Volumen I, Páginas 153 y 154.

compensación, los autores, siguiendo a Pothier, reconocen a los demás deudores el derecho de aprovecharse de ella, pues consideran que se extinguiría por entero la deuda por aquel deudor que dedujere legítimamente la compensación. Establece Giorgi que las dudas de la doctrina francesa nacen al determinar si el deudor solidario, que no es acreedor de su acreedor, puede oponer él primero la compensación en nombre del codeudor, al menos por la parte de este último; recuerda que respecto a esto, las opiniones están divididas. Por la afirmativa, puede citarse a Pothier, Delvincourt, Toullier, Duranton, Rodière, Marcadé y Larombière, en tanto que por la negativa están Duvergier, Mourlon, Valette, Colmet de Santerre, Demangeat, Lewandowsky, Demolombe y Laurent; pero no obstante ello, Giorgi estima inútil ocuparse ya de tal controversia, la misma que fue zanjada por el Código Civil Italiano de 1865 en sentido afirmativo, con el que está de acuerdo Giorgi, pues considera que si se supusiese lo contrario, esto es, que el acreedor, convertido a su vez en deudor por otro título de uno de los deudores solidarios, se viera demandado por éste, no puede surgir duda acerca de su derecho de oponerle en compensación la totalidad del crédito solidario.

Sobre esta materia De Gásperi<sup>20</sup> recuerda que bajo la influencia de las observaciones del Tribunalado, el artículo 1294 **in fine** del Código Civil Francés dispuso que: "El deudor solidario no puede oponer la compensación de lo que el acreedor debe a su codeudor"; lo que significa un retorno a la compensación personal del Derecho Romano anterior a Marco Aurelio, según la cual, para que procediese la compensación, el crédito invocado por el deudor demandado debía provenir **ex eadem causa**, y ser su propio crédito, dando por motivo de ello el Tribunalado que, admitiendo la compensación de lo debido a otro de los codeudores, se daría lugar a innumerables dificultades: el tercero se encontraría envuelto, a pesar suyo, en juicios desagradables. Agrega De Gásperi que tampoco quiso el legislador francés, afanoso por ganar tiempo, que el deudor pudiera alegar un crédito cuya existencia no podía ser establecida. Apunta el tratadista paraguayo que, objeto de apasionada controversia entre los modernos civilistas franceses, no debe extrañar que, dividiéndose las opiniones, juzguen unos que la compensación es "excepción" meramente "personal", como lo hizo el Tribunalado, y sostengan otros, con Domat y Pothier, que, pudiendo el prevenido oponerla por la parte que en definitiva debe soportar en la deuda común con aquel codeudor que al mismo tiempo es acreedor del acreedor, es algo más que una "excepción personal". Suscriben la doctrina legal Demolombe, Laurent, Demante y Colmet De Santerre, Mourlon, Vigié, Baudry-Lacantinerie y Barde, Planiol y Ripert, Esmein, Radouant y Gabolde y Huc, en tanto que defienden la doctrina de Domat y Pothier, Aubry y Rau, Duranton, Larombière y Marcadé.

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

---

<sup>20</sup> DE GASPERI, Luis. Op. cit., Tomo II, Páginas 90 y 91.

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 este 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. A entender del tratadista italiano Domenico Barbero<sup>21</sup>, la remisión a favor de un

---

<sup>21</sup> BARBERO, Domenico. Op. cit., Tomo III, Página 322.

deudor solidario libera también a los demás, a no ser que el acreedor haya reservado expresamente, al efectuar la remisión, el propio derecho respecto de ellos, pues naturalmente en tal caso el acreedor no puede exigir de los otros la prestación entera (menos aún cuando esta sea también indivisible), sino que deberá restar la parte que en las relaciones internas entre deudores gravaba al deudor liberado.

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.

Según Giorgi<sup>22</sup>, se comprende fácilmente que, en virtud de la acción que los codeudores solidarios tienen entre sí, resultaría inútil la condonación para el deudor que la obtuvo, si el acreedor pudiese reclamar el pago íntegro del crédito de los demás deudores a quienes no condonó la deuda; pues al repetir estos últimos contra el codeudor solidario, favorecido por la remisión, para reembolsarse de la parte correspondiente, harían inútil la condonación misma. Sin embargo, Giorgi considera que, en verdad, no es fácil igualmente entender qué significan aquellas palabras, "la parte de aquél, al que ha hecho la condonación", porque cada deudor solidario puede estar interesado en la deuda en proporción diversa de los otros; verbigracia, tres deudores de 1,200, en las relaciones entre sí, pueden estar obligados uno por 200, otro por 400 y el tercero por 600, quedando por determinar si la condonación hecha al primero vale por la porción real de 200 o por la porción viril de 400. Precisa que acerca de este punto existe alguna controversia entre los escritores, pero la opinión más seguida y digna de preferencia es la de considerar la duda como cuestión de voluntad resolutive por las reglas de interpretación, afirmando, cuando la duda se ofrezca insoluble, la condonación de la parte viril. Considera Giorgi que, además de ser este el principio racional, es también el seguido por Pothier.

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<sup>23</sup> 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

---

<sup>22</sup> GIORGI, Giorgio. Op. cit., Volumen I, Página 150.

<sup>23</sup> GIORGI, Giorgio. Op. cit., Volumen I, Página 155.

integral beneficiosa puede resultar en favor de estos últimos, con tal 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 - 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 y 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 por 5,000 nuevos soles cada uno.

Supongamos, además, que D3 sostiene que no debe nada 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 indebido 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, de 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 nacional.

A pesar de ser una figura que en los tiempos modernos ha caído en desuso (sobre todo con su exclusión por el Código Procesal Civil de 1993), resulta de interés anotar la opinión de Giorgi<sup>24</sup> en el sentido de que el juramento decisorio es una especie de transacción, y por eso el juramento deferido a uno de los deudores solidarios aprovecha a los demás; pero considera el maestro italiano que para esto es necesario que el juramento haya recaído sobre la existencia misma de la deuda, y no sobre la cuestión de si el demandado era o no uno de los deudores solidarios; razón por la que es fácil comprender que el principio por el cual el juramento sobre la existencia de la deuda aprovecha a los codeudores, se debe también aplicar al caso de la negativa del acreedor a prestarlo, cuando le sea deferido el juramento por uno de los deudores.

Recuerda De Gásperi<sup>25</sup> que Bibiloni incluye a la dación en pago entre los modos de extinción de la obligación correal, que puede concertarse por cualquiera de los deudores, y que en los términos del artículo 707 del Código Civil Argentino, autorizaría una excepción real o común a todos los deudores y eficaz respecto de todos los acreedores. Anota De Gásperi que la dación en pago tiene lugar cuando el acreedor recibe voluntariamente en pago de la deuda, una prestación distinta de la que se le debe. Por nuestra parte, podemos agregar que dado que consideramos a la dación en pago como una institución que reviste la misma naturaleza jurídica que la novación objetiva -lo que equivale a decir que le negamos autonomía conceptual-, es que los comentarios vertidos sobre la novación en la solidaridad, resultan de aplicación al tema, incluso en el supuesto negado de admitir su independencia.

Antes de concluir nuestro análisis a 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.

---

<sup>24</sup> GIORGI, Giorgio. Op. cit., Volumen I, Página 156.

<sup>25</sup> DE GASPERI, Luis. Op. cit., Tomo II, Página 97.

Asimismo, debemos señalar que si la obligación fuese indivisible y solidaria, no habría problema alguno, 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.

**5. *Supuestos de novación, compensación, condonación y transacción parcial de la obligación practicados por el acreedor común y uno de los deudores.***

El supuesto del artículo 1189 del Código Civil Peruano 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.

El supuesto de la novación no siempre mereció regulación legislativa en el Derecho comparado. Eso llevó a decir a Giorgi<sup>26</sup> que aplicando los principios de la solidaridad entre acreedores, considera este supuesto de ocurrencia factible, pero reconoce a los demás acreedores el derecho de valerse de la novación, en la porción del deudor que la realice, al menos del mismo modo que les es lícito aprovecharse de la condonación puramente parcial.

Por nuestra parte, podríamos decir, siguiendo el ejemplo antes desarrollado, que si uno de los codeudores novase su parte en la obligación con el acreedor común, y -supongamos-, ya no deba 20,000 nuevos soles, sino 20 T.M. de trigo, dicho acto no tiene efecto sobre los demás codeudores. Ellos no quedarán 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 deberán solidariamente 60,000 nuevos soles, sino sólo la suma de 40,000 nuevos soles, pues la porción correspondiente al deudor que novó, dejará 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.

---

<sup>26</sup> GIORGI, Giorgio. Op. cit., Volumen I, Página 152.

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 continuarían 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.

A entender de Raymundo M. Salvat<sup>27</sup>, en el caso de remisión hecha por el acreedor a uno de los deudores, sea ésta de la deuda, sea sólo de la solidaridad, hay, desde luego, un punto que no puede dar lugar a dificultades: que los otros deudores solidarios, extraños al acto de remisión, nunca pueden estar obligados a cargar con ella, pues para ellos la remisión parcial es **res inter alios acta**, y, por consiguiente, no puede agravar su situación ni serle opuesta; en tanto que refiriéndose al supuesto en que la liberación del acreedor respecto de uno de los codeudores, recaiga únicamente sobre la solidaridad, se inclina a favor de la doctrina que impone al deudor dispensado de solidaridad, la obligación de contribuir con una parte proporcional.

Anota Giorgi<sup>28</sup> que, a pesar de que los escritores, 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 hiciera 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,

---

<sup>27</sup> SALVAT, Raymundo M. Op. cit., Tomo II, Páginas 129 y 130.

<sup>28</sup> GIORGI, Giorgio. Op. cit., Volumen I, Página 155.

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.

Adicionalmente, podría decirse 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, en este caso -lo entendemos así- se aplicará respecto de la parte del codeudor que negoció, lo previsto 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.

Lima, octubre del 2000.