

ALGUNOS CONCEPTOS GENERALES SOBRE EL PAGO POR CONSIGNACION

Felipe Osterling Parodi*
Mario Castillo Freyre**

SUMARIO:

1. **Concepto.**
2. **Requisitos.**
 - 2.1. **Existencia de una obligación.**
 - 2.2. **Voluntad de pago por parte del deudor.**
 - 2.3. **Imposibilidad de efectuar un pago directo.**
 - 2.3.1. **Negativa del acreedor a otorgar recibo.**
 - 2.3.2. **Rechazo a las reservas que se formulen al tiempo del pago.**
 - 2.3.3. **Negativa del deudor a la remisión de la deuda.**
 - 2.3.4. **Incapacidad del acreedor para recibir el pago.**
 - 2.3.5. **Ausencia del acreedor.**
 - 2.3.6. **Incertidumbre en el derecho del acreedor.**
 - 2.3.7. **Desconocimiento de la persona del acreedor.**
 - 2.3.8. **Tratándose de un crédito embargado.**
 - 2.3.9. **Tratándose de una deuda pignorada.**
 - 2.3.10. **Redención de hipotecas.**
3. **Características.**
 - 3.1. **Es una forma excepcional de pago.**
 - 3.2. **Es una facultad del deudor.**
 - 3.3. **Deben estar presentes los principios de identidad e integridad en el pago.**
 - 3.4. **Se trata de un proceso judicial.**
4. **Actual normatividad procesal sobre el pago por consignación.**
5. **Personas con derecho a efectuar el pago por consignación.**

* 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.

6. **Momento en que debe efectuarse la consignación.**
7. **Efectos prácticos del pago por consignación.**
 - 7.1. **Coloca al acreedor bajo una compulsión legal.**
 - 7.2. **Detiene el devengamiento de los intereses.**
 - 7.3. **Coloca los riesgos de pérdida del bien depositado a cargo del acreedor.**
 - 7.4. **Extinción de la mora deuditoria.**
8. **Análisis del nuevo texto del artículo 1251 del Código Civil.**

1. **Concepto.**

La ley civil peruana otorga al deudor que se encuentra ante la imposibilidad de efectuar un pago directo, la facultad de recurrir a un mecanismo que le permita extinguir su deuda, a saber: el pago por consignación¹.

En efecto, la consignación es una de las formas de pago que busca la liberación del deudor, aun contra la voluntad del acreedor. En este sentido, el Código Civil Peruano regula a esta figura como uno de los medios extintivos de las obligaciones.

A entender de los profesores argentinos Cazeaux y Trigo Represas², el pago por consignación es un modo de realización coactiva del interés del deudor en liberarse, réplica de la ejecución forzada que constituye el medio coactivo de realización del interés del acreedor en cobrar.

Agregan los autores citados que el fundamento de este instituto reside en el derecho a "liberarse" que tiene el deudor, el cual -precisamente- cuenta en el ordenamiento jurídico con el amparo que le brinda la posibilidad de la liberación forzada, mediante el pago por consignación.

A decir de Busso³, el pago por consignación es un modo coactivo de realización de un derecho. Se trata de un pago impuesto forzosamente por el

¹ Debe recordarse que cuando se contrae una obligación, la misma otorga al acreedor el derecho de exigir su pago, y al deudor, el derecho de exigir a su acreedor que le reciba el pago de lo que debe. Ello en razón a que el deudor tiene, además del deber de pagar, el derecho a hacerlo.

François Laurent (LAURENT, François. Principes de Droit Civil Français, Tomo XVIII, Página 172. Librairie A. Maresq Ainé, París, 1875-1893.) expresaba, comentando el artículo 1257 del Código Napoléon, que "El deudor obligado a pagar, también tiene el derecho de pagar, además, hay un interés. Un viejo proverbio dice: 'Quien debe y paga no debe nada'."

² CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Compendio de Derecho de las Obligaciones, Tomo II, Página 215. Editorial Platense, La Plata, Argentina, 1986.

³ BUSSO, Eduardo B. Código Civil Anotado, Tomo V, Páginas 565 y 567. EDIAR Soc. Anón. Editores. Sucesores de Compañía Argentina de Editores, S.R.L., Buenos Aires, 1951.

deudor al acreedor, que se cumple mediante el depósito judicial de la suma adeudada, y que se perfecciona en el curso de una instancia judicial, con la aceptación del acreedor o con la aprobación del juez.

Jorge Joaquín Llambías⁴ considera que el pago por consignación es un mecanismo -de necesaria intervención judicial- al que puede acceder el deudor o quien está legitimado para sustituirlo, para lograr su liberación.

Por su parte, Antonio de la Vega Vélez⁵ señala que en la legislación colombiana, el deudor urgido de cumplir sólo tiene un medio de quebrantar en su favor la porfiada renuencia del acreedor: el pago por consignación; el mismo que se hace precisamente contra esa voluntad, y produce, sin embargo, la legítima extinción de la deuda, lo mismo que el pago real efectivo.

En opinión de Wayar⁶, el pago por consignación es la liberación coactiva del deudor que funciona cuando éste, deseoso de poner fin al vínculo jurídico que lo somete patrimonialmente a su acreedor, encuentra obstáculos que impiden o imposibilitan la realización de un pago normal o natural.

Para Boffi Boggero⁷, hay ocasiones en que, sin mediar valla insalvable (caso fortuito, fuerza mayor), el deudor, aun con la mejor disposición de ánimo, se encuentra en dificultades para cumplir lealmente la prestación a que se había obligado. La ley instituye para esos casos el procedimiento del pago por consignación.

Por otra parte, consideramos necesario establecer las diferencias existentes entre el pago por consignación y las formas en que éste puede efectuarse.

Según se ha dicho, la consignación supone la liberación coactiva del deudor cuando la falta de colaboración del acreedor u otros obstáculos, imposibilitan el pago directo y espontáneo. Esta liberación, sin embargo, opera con la ejecución de la prestación, la misma que -en nuestro ordenamiento jurídico- puede llevarse a cabo a través de la entrega del certificado de depósito de dinero

⁴ LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Tratado de Derecho Civil, Obligaciones. Cuarta edición actualizada por Patricio Raffo Benegas, Tomo II - B, Página 266. Editorial Perrot, Buenos aires, agosto de 1983.

⁵ DE LA VEGA VELEZ, Antonio. Bases del Derecho de Obligaciones, Página 269. Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1978.

⁶ WAYAR, Ernesto Clemente. Derecho Civil. Obligaciones, Páginas 459 y siguientes. Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1990.

⁷ BOFFI BOGGERO, Luis María. Tratado de las Obligaciones, Tomo IV, Página 143. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1979.

o valores que expide el Banco de la Nación, la designación del depositario de los bienes adeudados, o con aquellas formas en las que el Juez decide que debe efectuarse la consignación.

De allí que consideremos inapropiadas aquellas definiciones en las que se delimita la noción del pago por consignación en función del depósito judicial⁸.

Ahora bien, dentro de tal orden de ideas, debe precisarse el fundamento en que se basa el pago por consignación.

A nuestro modo de ver, el derecho del deudor a pagar justifica la regulación que nuestra legislación otorga al pago por consignación.

Al respecto, anota Wayar⁹ que el deudor no es solamente el sujeto obligado, sino que también tiene derechos, destacándose entre ellos el de obtener su liberación aun contra la voluntad del acreedor; al punto que por aplicación de esas premisas se ha declarado en los Tribunales Argentinos: "Es principio elemental que el instituto del pago por consignación tiene por objeto liberar al deudor de la obligación que contrajera en su hora, pese a que su acreedor se niega arbitrariamente a recibir el pago de su crédito."

En opinión de Ospina Fernández¹⁰, la justificación del pago por consignación es el interés que tiene el deudor en liberarse de sus obligaciones. Es justo -agrega el citado autor- que la ley consagre un procedimiento formal para

⁸ En este sentido, Puig Brutau, citado por Wayar (WAYAR, Ernesto Clemente. Op. cit., Páginas 45 y siguientes.), señala que la consignación consiste en el depósito de la cosa que el deudor debe entregar, de manera que, en lugar de quedar en poder del acreedor, quede en poder de la autoridad judicial y a disposición del titular del derecho de crédito.

Considera Pothier (POTHIER, Robert Joseph. Tratado de las Obligaciones, Segunda Parte, Página 137. Tercera Edición. Biblioteca Científica y Literaria, Barcelona, s/f), a su turno, que la consignación es un depósito que el deudor, autorizado por el Tribunal, hace de la cosa o de la suma que él debe, en manos de un tercero; agrega que la consignación no es propiamente un pago, pues el pago encierra esencialmente la traslación de propiedad de la cosa que se paga. La consignación no transfiere la propiedad de la cosa consignada a la persona del acreedor, por cuanto este último no la puede adquirir más que recibiendo voluntariamente la cosa que le es ofrecida. Pero, a pesar de esto, cuando ella es válida, equivale al pago.

En similar opinión, anota Beltrán de Heredia -que elabora su concepto a la luz de los preceptos del Código Civil Español-, citado por Wayar (WAYAR, Ernesto Clemente. Op. cit., Páginas 45 y siguientes.), que la consignación puede ser considerada como "el depósito de la cosa debida, con las formalidades que la propia ley establece, después de haber ofrecido su entrega o directamente cuando este ofrecimiento no es posible por darse algunos de los supuestos que obstaculizan la oferta."

⁹ WAYAR, Ernesto Clemente. Op. cit., Páginas 46 y siguientes.

¹⁰ OSPINA FERNANDEZ, Guillermo. Régimen General de las Obligaciones, Páginas 404 y 405. Editorial Temis S.A., Bogotá, Colombia, 1987.

establecer la mora creditoria y para que el deudor extinga su obligación, evite el devengamiento de los intereses, extinga las garantías reales que gravan sus bienes, evite una acción resolutoria por incumplimiento del contrato que genera su obligación, etcétera.

De igual manera, Demolombe¹¹ señala que al deudor le interesa terminar con su obligación para desgravar sus inmuebles de una hipoteca, detener el curso de los intereses, recuperar el mueble que pignoró, librar la fianza que se comprometió para él. Evitar incurrir en una cláusula penal o en una caducidad; apartarse de los riesgos que están a su cargo, si fue intimado; o por la oportunidad de un aumento de los valores o de cantidades que él debe entregar, etc.

Sobre el tema expresa Laurent¹² que el deudor está interesado en pagar para aumentar su crédito, ya que toda obligación atenta contra el crédito del deudor, pues la afectación directa o indirecta de sus bienes disminuye su solvencia.

Por otra parte, el pago por consignación es uno de los medios extintivos de las obligaciones que no es, de acuerdo a nuestros criterios clasificatorios¹³, de acuerdo a su idoneidad, el ideal, ya que al fin y al cabo constituye una situación anormal, derivada de la imposibilidad del deudor de pagar directamente al acreedor la prestación debida.

Sin embargo, por sus efectos esta figura es, sin lugar a dudas, un medio extintivo de obligaciones, en estricto.

Según las partes que intervienen, consideramos que la consignación es el medio unilateral de pago por excelencia.

Por la intervención de la voluntad humana, el pago por consignación es uno de carácter voluntario, toda vez que el deudor recurre a la consignación dada su voluntad de pago.

De acuerdo a su normalidad, estimamos que el pago por consignación, desde la óptica del rigor jurídico, puede considerarse un medio normal de extinción de obligaciones, ya que él se encuentra previsto en la Sección Segunda

¹¹ DEMOLOMBE, C. Cours de Code Napoléon, Tomo XXVIII, Páginas 51 y 52. Auguste Durand y L. Hachette et Cie. Librairies, Paris, 1870.

¹² LAURENT, François. Op. cit., Tomo XVIII, Página 172.

¹³ OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones. Primera Parte, Tomo IV, Páginas 123 a 142. Biblioteca Para Leer el Código Civil, Volumen XVI, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1994.

del Libro VI del Código Civil, relativo al Derecho de Obligaciones.

Por la satisfacción del interés patrimonial del acreedor, el pago por consignación es un medio satisfactorio, en tanto posibilita el cumplimiento de la prestación debida.

Ahora bien, para que pueda efectuarse un pago por consignación deben presentarse ciertos requisitos que -a nuestro modo de ver- se infieren de la ley civil peruana. Tales requisitos se analizan a continuación.

2. **Requisitos.**

2.1. *Existencia de una obligación.*

Resulta de evidente lógica que una de las exigencias del pago por consignación sea la existencia previa de una obligación.

Sin embargo, vinculado a este requisito, está el que la deuda se encuentre en estado de cumplimiento, vale decir que deberá consignarse una deuda líquida y exigible.

De otro lado, en cuanto a la naturaleza de la prestación que se pretende consignar, se ha dicho que ésta sólo puede ser una de dar, por considerarse que no es posible efectuar el depósito de una prestación de hacer o de no hacer.

Al respecto, debemos precisar que si la obligación es de hacer, pero concluye en un dar, podría depositarse aquello que haya que dar, siempre que la prestación se hubiera ejecutado y el deudor quisiera entregar lo hecho.

Sin embargo, en caso que la obligación fuese una de hacer propiamente dicha, es decir que no concluyera en un dar, y tratándose de una obligación de no hacer, sin duda alguna, no sería posible el depósito de la deuda. Empero, la ley peruana prevé para estos casos mecanismos alternativos. Esto en razón de la normatividad de nuestra ley procesal¹⁴.

Por otra parte, se discute si podría recurrir a la consignación el deudor de una obligación natural.

Sobre el particular, Cazeaux y Trigo Represas¹⁵ señalan que un sector de

¹⁴ El inciso 3 del artículo 807 del Código Procesal Civil de 1993, señala que tratándose de prestaciones no susceptibles de depósito, el Juez dispone la manera de efectuar o tener por efectuado el pago según lo que el título de la obligación tenga establecido o, subsidiariamente, lo expuesto por las partes.

¹⁵ CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Tomo II, Página 217.

la doctrina se manifiesta por la negativa, entendiendo que antes del pago voluntario la obligación natural no implica un vínculo jurídico, razón por la cual mal podría servir de sustento para un acto liberatorio.

Los citados autores sostienen -en posición que compartimos- que la obligación natural sólo está desprovista de "ejecutabilidad", mas no del "deber de cumplir", que es inherente a toda relación obligacional; y si al deudor le queda intacto su "deber de cumplimiento", pese a que no exista acción para exigirselo, va de suyo que tiene que contar necesariamente con los medios legales para hacerlo efectivo, o sea que debe poder pagar por consignación.

De otro lado, debemos señalar que la consignación en las obligaciones de dar bienes inciertos es un tema que ha preocupado desde tiempo atrás a la doctrina. Ejemplo de esta preocupación son las expresiones que Demolombe vierte sobre el tratamiento que recibió la materia en el Código Napoléon¹⁶.

Sin embargo, en nuestra opinión la ley peruana despeja cualquier duda al respecto.

Las obligaciones con prestaciones por determinarse son tres: las obligaciones de dar bienes inciertos, las obligaciones alternativas y las obligaciones facultativas.

Recordemos, respecto a las primeras, que conforme al artículo 1143 del Código Civil la elección corresponde al deudor, salvo que lo contrario resulte de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso. Si elige el deudor, el bien incierto se convierte en cierto y, por tanto, nada se opone a la consignación.

Si, a su turno, la elección corresponde al acreedor, y este omite efectuarla dentro del plazo establecido o el fijado por el juez, ello corresponde al deudor, (artículo 1144 del Código Civil), quien luego de elegir obviamente puede consignar.

Si la elección, en fin, se confía a un tercero y éste no la efectúa, la hará el juez (artículo 1144 del Código Civil), lo que permitiría al deudor, sin duda alguna, consignar.

Reglas similares operan en el caso de obligaciones alternativas. Aquí también la duda sobre la prestación a cumplirse se despeja en la elección, aplicándose, por mandato del artículo 1162 del Código Civil, las normas enunciadas para las obligaciones de los bienes inciertos previstos por el artículo

¹⁶ Demolombe (DEMOLOMBE, C. Op. cit., Tomo XXVIII, Páginas 124 a 130.)

1144 del mismo Código. Nada impediría, en consecuencia, la consignación por el deudor.

Y en las obligaciones facultativas, por último, es decisión del deudor pagar con la prestación principal o con la accesoría, lo que determina la evidente viabilidad de la consignación (artículo 1168 y siguiente del Código Civil).

2.2. *Voluntad de pago por parte del deudor.*

Es claro que el pago por consignación opera sólo si el deudor tiene voluntad de pagar. Dicha voluntad se pone de manifiesto en el comportamiento del deudor: el **solvens** para obtener su liberación debe en primer lugar ofrecer el pago directamente al acreedor, pues precisa recordarse que la consignación es sólo un medio excepcional de pago.

Anota Wayar¹⁷ que si no hay ofertas reales de pago no podrá el deudor saber si existe o no imposibilidad de efectuar un pago "en manos" del acreedor. Así, sólo en caso que el pago directo al acreedor se torne imposible, el deudor deberá promover demanda y efectuar el depósito judicial de lo adeudado; y con ello habrá dado el segundo paso hacia su liberación.

En este sentido, Laurent¹⁸ señala que la consignación debe ser precedida por ofertas reales, pues de lo contrario sería inoperante.

Por lo tanto, la consignación sólo procede cuando el acreedor rehúsa aceptar las ofertas reales. Únicamente si se ofrece el pago al acreedor, la consignación que le sucede libera al deudor. De este modo, si el deudor quiere eximirse de responsabilidad debe empezar por ofrecer el pago de lo que debe.

2.3. *Imposibilidad de efectuar un pago directo.*

Podría ocurrir que el deudor se vea en la imposibilidad de pagar al propio acreedor aquello que le debe, bien por una negativa injustificada de éste último al ofrecimiento del pago, o por diversas circunstancias que impiden la realización de un pago directo. Ante ello, el deudor se encuentra facultado a ofrecer judicialmente el pago a fin de obtener su liberación.

Al respecto, expresa Llambías¹⁹ que "Siempre que el deudor o un tercero interesado, enfrenten una dificultad seria que impida el seguro ejercicio de su **jus solvendi**, están ellos legitimados para satisfacer el pago mediante un juicio por consignación."

¹⁷ WAYAR, Ernesto Clemente. Op. cit., Páginas 64 a 66.

¹⁸ LAURENT, François. Op. cit., Tomo XVIII, Página 201.

¹⁹ LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo II - B, Página 277.

En relación a la negativa injustificada del acreedor o de la persona autorizada a recibir el pago, debemos señalar que es éste el supuesto típico que autoriza al deudor a efectuar un pago por consignación.

Cuando el acreedor rehúsa recibir el pago, interesa saber si sus motivos son o no legítimos, toda vez que sólo un rechazo infundado de la oferta real de pago faculta al deudor a la consignación. Se dice que hay negativa injustificada cuando el acreedor no quiere recibir el pago, a pesar de que éste es íntegro e idéntico en cuanto al objeto, modo, tiempo y lugar en que fue pactado.

Al respecto, Cazeaux y Trigo Represas²⁰ anotan que la negativa del acreedor a recibir el pago, es el caso más típico y también más corriente en el diario acontecer.

Evidentemente, el deseo del deudor de liberarse mediante el cumplimiento, no podría quedar librado al mero arbitrio del acreedor. De allí que la negativa de este último debe ser ilegítima, injustificada, pues si la oferta cumpliera con alguno de los requisitos exigidos para la exactitud del pago, en cuanto a las personas, objeto, tiempo y lugar, el rechazo del acreedor sería fundado y la consignación no podría prosperar.

Añaden los referidos autores que se ha considerado como negativa infundada, cualquier proceder del acreedor que implique reclamos o exigencias que estén al margen de lo debido, o que puedan perturbar la correspondiente liberación del deudor.

Ahora bien, las razones por las que el acreedor se niega -en la práctica- a recibir el pago, son de las más diversas.

Sobre el tema, señala Demolombe²¹ que los obstáculos que generalmente puede encontrar el deudor cuando quiere ejercer el derecho que tiene de pagar pueden ser el rechazo del acreedor a recibir el pago, por mala voluntad o porque pretende recibir más o algo distinto de lo que le quiere pagar el deudor.

Jorge Joaquín Llambías²², por su parte, agrega que el pago por consignación supone que el acreedor no quiere recibir el pago, tal vez por considerar que no es completo o apropiado, o bien que él no puede recibir ese pago por ser incapaz, estar ausente o ser incierta su calidad de acreedor.

²⁰ CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Tomo II, Página 221.

²¹ DEMOLOMBE, C. Op. cit., Tomo XXVIII, Páginas 51 y 52.

²² LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo II - B, Página 266.

De otro lado, debemos precisar que en el Derecho de Obligaciones el deudor debe actuar con diligencia al momento de cumplir con la prestación a su cargo, pues conforme lo establece la regla del artículo 1329 del Código Civil, el incumplimiento se atribuye al deudor, salvo que se acredite lo contrario. De este modo, cuando la realidad vital es distinta a la realidad jurídica, el deudor deberá probar que el cumplimiento no se efectuó -por ejemplo- ante la negativa del acreedor a recibir el pago.

Al respecto precisa Wayar²³ que la doctrina sostiene que la negativa del acreedor se puede probar por cualquiera de los medios permitidos por las leyes procesales, incluso presunciones. Empero, en su opinión, ésta es una verdad a medias, pues en este caso la actividad probatoria estará encaminada a la demostración de un hecho negativo: la omisión del acreedor en recibir la prestación.

Ante ello, recuerda Wayar²⁴ que Couture ha construido las llamadas pruebas **leviores** para los casos **dificilioris probationis**, en los cuales los jueces deben atemperar el rigorismo del Derecho, a fin de que no se hagan ilusorios los intereses legítimos. Los hechos negativos -señala- son objeto de prueba tanto como los expresados en forma afirmativa; lo contrario significaría entregar a la voluntad de las partes y no de la ley, la distribución de este aspecto de la actividad procesal.

Por nuestra parte, consideramos que el deudor tiene a su disposición una prueba que queda a salvo de dichas dificultades: demostrar que formuló ofertas reales de pago.

Precisamos nuestra coincidencia con Wayar²⁵ cuando señala que la conducta del **accipiens** que da lugar a la configuración de esta causal se traduce, la mayoría de las veces, en el rechazo liso y llano de las ofertas o, simplemente, en la abstención u omisión de recibir la prestación. Sin embargo, estas conductas no son las únicas que pueden constituir supuestos que autorizan al deudor a consignar.

En doctrina se considera que existen otras circunstancias que obstan el ejercicio del **jus solvendi** que asiste al deudor y que lo autorizan al pago por consignación. Estas son las siguientes:

2.3.1. Negativa del acreedor a otorgar recibo.

²³ WAYAR, Ernesto Clemente. Op. cit., Página 72.

²⁴ WAYAR, Ernesto Clemente. Op. cit., Página 74.

²⁵ WAYAR, Ernesto Clemente. Op. cit., Páginas 83 y siguientes.

Prueba del pago -por excelencia- es el recibo. De allí que no se pueda obligar al deudor a pagar directamente a su acreedor cuando éste se niegue a extender un documento suscrito en el que reconoce expresamente haber recibido del deudor la prestación pendiente de pago.

Es obvio que el recibo deberá contener, además, todos los requisitos de identidad e integridad que son propios del pago, ya que de lo contrario, aquél no correspondería a la prestación que el deudor está ofreciendo pagar.

Así, cuando el acreedor se niega a otorgar el correspondiente recibo, el deudor queda autorizado a suspender el pago, pero sólo si el recibo es medio indispensable para que el deudor acredite que lo efectuó. Ello a fin de evitar la condena del deudor a la incertidumbre que futuras eventualidades podrían generar en relación a la probanza del pago.

Debe recordarse que el deudor que carece de recibo, no obstante haber pagado, puede acreditar tal pago utilizando cualquiera de los medios probatorios que contempla el Código Procesal Civil de 1993. Sin embargo, para evitar que el deudor deba recurrir a la instancia judicial destinada a demostrar el pago, ante la negativa del acreedor a otorgar recibo, el deudor se encuentra amparado por lo dispuesto en el artículo 1230 del Código Civil²⁶.

Por otra parte, existen determinadas obligaciones en las cuales, si bien el deudor tiene expedito su derecho para exigir el otorgamiento del recibo por el acreedor, no considere que este hecho sea absolutamente indispensable, debido a que la ejecución misma de la obligación demuestra que ella se ha producido.

Un ejemplo que ilustraría lo señalado sería aquel en el cual una empresa constructora se hubiera obligado a edificar un inmueble dentro de un plazo determinado. Si el deudor cumpliera -dentro de dicho plazo- con la prestación debida, no requeriría de ningún recibo para acreditar el cumplimiento de su obligación, pues el mismo resultaría evidente, salvo que existieran reparos, por parte del acreedor, sobre la idoneidad de la edificación.

Adicionalmente, en aquellas obligaciones en las que el recibo consiste en la entrega del título valor, ante la pérdida de éste se entiende que el deudor se halla autorizado para consignar.

Al respecto, Wayar²⁷ considera que mediando pérdida, extravío o desposesión del título, que por el principio de necesidad debe ser presentado y entregado al momento del pago a la persona que concurre a efectuarlo, el deudor está facultado a consignar judicialmente la prestación debida.

²⁶ **Artículo 1230.**- "El deudor puede retener el pago mientras no le sea otorgado el recibo correspondiente (...)."

²⁷ WAYAR, Ernesto Clemente. Op. cit., Página 105.

Cazeaux y Trigo Represas²⁸, a su turno, señalan que sucede corrientemente que los derechos del acreedor están -en buena medida- vinculados al título que sirve de instrumento y prueba de ello es el "título al portador".

Por eso es lógico que el deudor pueda consignar, si el acreedor no le presenta y restituye el título del crédito, ya que si el día de mañana apareciera otro tenedor del título, podría verse obligado a pagar nuevamente.

De otro lado, debe señalarse que el pago por consignación constituye en este caso un mecanismo que la ley pone en auxilio del deudor que desee liberarse, mas no una garantía de su liberación, ya que el poseedor de un título valor abstracto podría ejercer los derechos inherentes al mismo, y dirigirse contra el deudor a fin de cobrar la deuda respectiva. De donde, si el deudor no pudiese probar que el título que se pretende cobrar es el mismo que fue cancelado, o si el tenedor adujera la legitimidad de su tenencia, y el deudor no pudiera probar lo contrario, podría verse obligado a pagar de nuevo.

Por lo demás, si bien el tema tratado suscita polémica, consideramos que el supuesto de pérdida del título, entendido éste en su sentido más amplio, también faculta al deudor a consignar.

2.3.2. Rechazo a las reservas que se formulen al tiempo del pago.

Algunos autores sostienen que el deudor puede abstenerse de pagar directamente al acreedor y recurrir a la vía judicial para efectuar un pago por consignación, cuando el **accipiens** se niegue injustificadamente a aceptar la reserva expresa que formula el **solvens**.

En efecto, el deudor que al tiempo de efectuar el pago, tiene fundadas razones para temer un pago sin causa o indebido, podría formular reserva de repetir lo mal pagado, sin que el acreedor pueda oponerse legítimamente a ello, pues dicha reserva no altera la eficacia jurídica del pago.

A decir de Busso²⁹, en los pagos ordinarios es factible que el deudor a quien se intima un pago, al hacerse efectivo éste formule reservas, dejando a salvo su derecho a repetir lo que paga, o reservando el reconocimiento o ratificación de la deuda que ocasiona el pago. Ello porque la reserva descarta la intención pura y simple de pagar, para abrir paso a una intención calificada o subordinada al cumplimiento de determinadas condiciones.

²⁸ CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Tomo II, Página 224.

²⁹ BUSSO, Eduardo B. Op. cit., Página 576.

Podría ocurrir, sin embargo, que las reservas al pago sean formuladas por el **accipiens**. En caso que el acreedor -por ejemplo- deje constancia en el recibo de que la suma pagada corresponde a una deuda de cantidad mayor, el deudor podría acudir a la consignación, absteniéndose de efectuar un pago directo.

Sobre el particular, expresa Busso³⁰ que si el acreedor accede a dar recibo, pero incluye reservas, debe considerarse si esas reservas enervan o no el efecto liberatorio del pago, pues si sólo pretenden aclarar el sentido y alcance del recibo, no podrán ser objetadas, ya que aun aceptando el deudor el recibo en esas condiciones sus derechos no se ven perjudicados.

Cazeaux y Trigo Represas³¹ señalan que, muy particularmente, la negativa a dar un recibo liso y llano, o la pretensión de dar por otra deuda distinta a la que correspondía, o con agregados improcedentes, son todas circunstancias que han sido consideradas suficientes como para posibilitar la vía judicial de la consignación en pago.

2.3.3. **Negativa del deudor a la remisión de la deuda.**

Cuando el acreedor desea liberar a su deudor, a través de la remisión de la deuda, y éste no la acepta, se entiende que el **solvens** -dada su voluntad de pago- puede acudir a la consignación. El acreedor no está en aptitud de exigir al deudor que deje de pagar.

La remisión, llamada también condonación o perdón de la deuda -de la cual nos ocuparemos más adelante-, es uno de los medios extintivos de las obligaciones regulados por el Código Civil. Por eso, baste con señalar que la condonación es un acto bilateral, siendo insuficiente que el deudor o el acreedor deseen el perdón de la deuda para que ello se produzca.

Así, cuando el acreedor se niega a recibir el pago por considerar que ha condonado la deuda, el deudor puede iniciar un proceso consignatorio a fin de extinguir su obligación.

Cabe aclarar, desde luego, que serán escasos los supuestos en los que un deudor se niegue a aceptar la condonación de la deuda, ya que por lo general ésta beneficia directamente al deudor que desea obtener su liberación.

2.3.4. **Incapacidad del acreedor para recibir el pago.**

Otra de las circunstancias que habilita al deudor a intentar una liberación coactiva mediante el pago por consignación, es la incapacidad del acreedor para

³⁰ BUSSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo V, Página 586.

³¹ CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Tomo II, Página 221.

recibir el pago, cuando -evidentemente- éste último no tuviere representante legal.

Recuérdese que uno de los principios que rige en materia de pago es que los incapaces no pueden efectuar ni recibir pagos válidamente. De allí que ante la incapacidad del acreedor, el deudor deba ofrecer el pago al representante legal del acreedor incapaz o, en su defecto, recurrir a la vía judicial para efectuar un pago por consignación³².

En este sentido, Cazeaux y Trigo Represas³³ sostienen que la incapacidad debe existir al tiempo del cumplimiento, pues si el acreedor incapaz al nacer la obligación se torna capaz a su vencimiento, sería plenamente válido el pago y no la consignación. Además, la posibilidad de consignar sólo juega ante incapaces carentes de representantes legales, pues de lo contrario el pago debe efectuarse a éstos últimos; siendo distinto el caso en que el deudor estuviese concursado o quebrado, por cuanto entonces el pago debe hacerse al representante legal de la "masa", que sustituye a aquél en el apoderamiento y disposición de los bienes.

Dentro de tal orden de ideas, precisa anotarse que la incapacidad del acreedor como causal para que proceda la consignación, deberá ser una puramente material, esto es, no debe tratarse de una incapacidad no judicialmente declarada, de modo que el incapaz carezca de representante legal³⁴.

2.3.5. Ausencia del acreedor.

En numerosos supuestos el pago no puede efectuarse ante la ausencia del acreedor.

Nos referimos a la simple ausencia, la misma que se presenta cuando el acreedor no acude al lugar del pago.

Se ha dicho que esta causal habilita al deudor a consignar, cuando el acreedor, además de estar ausente del lugar de pago, no deja persona autorizada para recibirlo. Lógicamente, si el acreedor no está presente en el lugar de pago, pero allí está una persona autorizada por él para recibirlo, el deudor no podría pretender recurrir a la consignación argumentando la ausencia del acreedor.

³² El artículo 1227 del Código Civil Peruano establece que: "El pago hecho a incapaces sin asentimiento de sus representantes legales, no extingue la obligación. Si se prueba que el pago fue útil para el incapaz, se extingue la obligación en la parte pagada."

³³ CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Tomo II, Página 222.

³⁴ No obstante lo señalado, cuando el representante legal del incapaz (judicialmente declarado como tal) se encontrara ausente o bien no se tuviera certeza de quién es, consideramos que el deudor podría recurrir a la consignación.

Por otra parte, en nuestro ordenamiento jurídico el principio general que rige en materia del lugar de pago es el previsto por el artículo 1238 del Código Civil, el mismo que establece que el pago debe efectuarse en el domicilio del deudor, salvo pacto en contrario o que ello resulte de la ley, las circunstancias del caso o la naturaleza de la obligación.

De este modo, por regla general, el pago deberá efectuarse en el domicilio del deudor. La excepción consistirá en que el pago se realice en el domicilio del acreedor o en un lugar distinto a los mencionados.

Si el pago se debe verificar en el domicilio del deudor en un plazo establecido por las partes, y el acreedor o su representante no acudieran a recibirlo, dudamos que este solo hecho sea suficiente para facultar al deudor a la consignación. Consideramos que el deudor deberá realizar -a pesar de no establecerse tal requisito en ningún texto legal- actos destinados a lograr que su acreedor o la persona autorizada a recibir el pago, se presente a cobrar.

Ante la negativa del acreedor, o en la eventualidad de que el deudor no obtenga éxito en esa empresa, el deudor estará autorizado a consignar.

Ahora bien, en caso que el pago deba efectuarse en el domicilio del acreedor o en un lugar distinto, resulta evidente que el deudor deberá presentarse en ese lugar y, de no lograr realizar el pago, también deberá agotar los medios necesarios para ubicar al acreedor y verificarlo directamente.

Para este supuesto, consideramos que debería exigirse legalmente al deudor la realización de aquellos actos que permitan efectuar un pago directo, a fin de evitar el proceso judicial de consignación.

De otro lado, algunos autores sostienen que la ausencia del acreedor autoriza al deudor a la consignación, cuando éste ignore el paradero del acreedor al momento del pago.

Al respecto, los profesores argentinos Cazeaux y Trigo Represas³⁵ señalan que procede la consignación ante la simple ausencia del acreedor, aquel que no se encuentra presente en el lugar donde debía efectuarse el pago, desconociéndose su actual paradero; no rige, en cambio, en las hipótesis de "ausencia declarada", en cuyo supuesto se nombra un "curador" con facultades para percibir los créditos del ausente; ni tampoco cuando se trata de ausencia con presunción de fallecimiento, caso éste en que se abre la sucesión del acreedor, y el deudor pasará a serlo de sus sucesores, deduciéndose de estos supuestos de acreedor ausente y de domicilio ignorado, que no resulta ya necesaria la previa oferta de prestación por el deudor, que de hecho resulta imposible.

³⁵ CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Tomo II, Página 222.

En este orden de ideas, en caso de que el acreedor fuese declarado ausente, la consignación no sería -en rigor- improcedente, pues el deudor podría presentarse en el proceso de declaración de ausencia y depositar lo que debe si el transcurso del tiempo le generase consecuencias negativas.

Por otra parte, la ausencia judicialmente declarada se encuentra regulada por los artículos 49 a 60 del Código Civil Peruano de 1984, en cuyo caso el deudor que desee pagar al ausente deberá ofrecer el pago al poseedor temporal de los bienes del ausente o al administrador judicial de los mismos. Esto en virtud del artículo 65 del Código Civil, en el que se señalan los derechos y obligaciones de quien ha obtenido la posesión temporal de los bienes del ausente.

2.3.6. Incertidumbre en el derecho del acreedor.

Ante la concurrencia de acreedores o la existencia de un proceso en el que se discute el derecho a la acreencia, no cabe duda que el deudor está autorizado para la consignación.

En efecto, el deudor se encuentra legitimado a consignar cuando la titularidad del derecho de crédito es judicialmente discutida o cuando aquélla no pueda acreditarse de manera fehaciente, toda vez que si el deudor pagase mal, podría verse obligado a pagar de nuevo.

Sin embargo, bastará que el **solvens** dude del derecho del acreedor para que pueda liberarse a través de la consignación.

Al respecto, señala Llambías³⁶ que: "El hecho capital que abre la vía del juicio por consignación es la duda razonable sobre la titularidad del crédito. El deudor tiene motivos serios para no saber quién es el verdadero acreedor. Y como quien paga mal puede verse precisado a pagar nuevamente, para evitar ese riesgo, él puede hacer un pago por consignación para que sea el Juez el que defina quién es el titular del crédito y tiene derecho para percibir el pago consignado."

De otro lado, anota Wayar³⁷ que las dudas deben ser serias y razonables para entender que existe incertidumbre, ya que no cualquier duda autoriza al deudor a consignar.

A entender del citado autor, dudas razonables son aquellas que se fundan en circunstancias objetivas que susciten inseguridad sobre la titularidad del crédito. Dudas serias son aquellas fundadas en motivos reales y de entidad

³⁶ LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo II - B, Página 272.

³⁷ WAYAR, Ernesto Clemente. Op. cit., Página 97.

suficiente como para poner en peligro la eficacia extintiva del pago.

En opinión de Llambías³⁸, lo que importa es la motivación de la duda; podría haber un solo pretendiente al cobro, pero quedar persuadido el deudor, en vista de las circunstancias, de que el acreedor pueda ser otra persona, que tal vez él conoce. Y a la inversa, la sola concurrencia de varias personas al cobro no es un motivo suficiente para consignar, si el deudor no tiene duda alguna sobre quién es el verdadero acreedor. Lo que importa es el estado de duda fundada que pueda embargar el ánimo del deudor. La actitud de los demás sólo es un factor que puede o no influir en la conciencia del deudor.

De igual manera, Cazeaux y Trigo Represas³⁹ sostienen que el **factum** que abre en este supuesto la vía de la consignación, es la existencia de una duda razonable sobre la titularidad del crédito. La razón estriba en que, como quien paga mal puede verse obligado a pagar dos veces, para evitar este riesgo, el deudor puede valerse del pago por consignación; pero la razonabilidad de este hecho queda diferida al órgano judicial competente.

Precisa Wayar⁴⁰ que el derecho del acreedor debe ser simplemente "dudoso" y no necesariamente "litigioso", vale decir, que no se requiere de un pleito entre los pretendidos acreedores; basta que sean varios los que invoquen frente al deudor el mismo derecho para que éste quede habilitado al procedimiento de consignación.

Añade el citado profesor argentino que la oposición de parte de alguno de los pretendidos acreedores -si bien no es requisito indispensable- demuestra de sobra la incertidumbre sobre la titularidad de aquel derecho, y el deudor tiene camino abierto a la consignación. De igual manera, se entiende que hay incertidumbre cuando una sociedad se encuentra en liquidación. En este caso, se abre la vía consignoratoria que autoriza al deudor a consignar lo que debe a nombre de la sociedad.

2.3.7. Desconocimiento de la persona del acreedor.

Será extraño que el deudor no conozca quién es su acreedor. Sin embargo, podría ocurrir que ante el fallecimiento del acreedor originario, el deudor no tenga la certeza o no conozca, simplemente, quién o quiénes son los herederos de su acreedor. En este caso, para que el deudor se libere de su obligación y de cualquier responsabilidad proveniente de una eventual mora en el cumplimiento, procedería la consignación.

³⁸ LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo II - B, Página 273.

³⁹ CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Tomo II, Páginas 222 y 223.

⁴⁰ WAYAR, Ernesto Clemente. Op. cit., Página 98.

Sobre el particular, Ernesto Clemente Wayar⁴¹ anota que cuando el deudor desconoce quién es el acreedor, puede recurrir a la consignación. Advierte Wayar que no se trata de la inexistencia del acreedor, pues en tal supuesto se desintegraría el vínculo por falta de sujeto activo; el acreedor existe, pero el deudor no sabe quién reviste esa calidad.

Precisa el citado profesor que en el supuesto que el deudor desconozca quiénes son los herederos de su acreedor, aquél está facultado para solicitar la apertura del proceso sucesorio, con carácter previo a la demanda por consignación, o bien en forma simultánea. Si, en cambio, el acreedor no hubiere fallecido, la demanda debe ser dirigida a persona desconocida, citándose la por medio de edictos, en los cuales se deberá individualizar -con la mayor precisión- el crédito que se pretende pagar, a fin de facilitar la tarea de localización del acreedor. Agrega el referido autor que si no se presenta el acreedor, o no se logra su individualización, debe acudir al procedimiento previsto para los ausentes, por lo cual habría que nombrar a un curador que lo represente, y es a éste a quien debe efectuarse el pago.

2.3.8. **Tratándose de un crédito embargado.**

Otra de las circunstancias que autorizan al deudor a la consignación es la presencia de un embargo que grave el crédito al momento del pago.

Nos explicamos.

Cuando un tercero embarga el crédito que tiene el acreedor ante su deudor, se imposibilita la realización de un pago directo entre el deudor -que pretende liberarse- y el acreedor. Ello en razón a que el embargo que recae sobre la deuda afecta el poder de crédito del acreedor⁴².

En lo referente al derecho del embargante de pedir el depósito judicial de lo adeudado, considera Wayar⁴³ que no puede negarse este derecho a los terceros embargantes, pero siempre que la obligación fuere exigible respecto del deudor, ya que de lo contrario, si bien es admisible el embargo, no se puede obligar al deudor a pagar antes de que el vínculo se torne exigible. En tal caso, sólo se puede apercibir al deudor a que, una vez llegado el tiempo de pago, efectúe el

⁴¹ WAYAR, Ernesto Clemente. Op. cit., Páginas 99 y siguientes.

⁴² Recuerda Wayar (WAYAR, Ernesto Clemente. Op. cit., Páginas 100 y 101.) que conforme enseña una calificada doctrina procesal, el embargo es una medida cautelar que "afectando un bien o bienes determinados de un presunto deudor, para asegurar la eventual ejecución futura, individualiza aquéllos y limita las facultades de disposición y de goce de éste, **inter** se obtiene la pertinente sentencia de condena o desestima la demanda principal."

⁴³ WAYAR, Ernesto Clemente. Op. cit., Páginas 100 y siguientes.

pertinente depósito.

Por otra parte, coincidimos con Busso⁴⁴ cuando señala que el deudor de un crédito que hubiera sido embargado -aun por orden de un Juez de otra jurisdicción-, debe consignar ante el Juez del lugar de pago, poniendo a disposición del Juez embargante lo que hubiere consignado.

2.3.9. Tratándose de una deuda pignorada.

Expresa Wayar⁴⁵ en opinión que compartimos, que si el acreedor hubiera dado su crédito en prenda a sus propios acreedores, el deudor debe abstenerse de pagar a su acreedor, y si desea liberarse debe recurrir a la consignación, ya que en caso contrario el pago no sería válido. En tal eventualidad la nulidad aprovecharía a los acreedores en cuyo favor se hubiera constituido la prenda; y a éstos el deudor estaría obligado a pagarles de nuevo.

2.3.10. Redención de hipotecas.

Cuando el deudor del precio de un inmueble que ha adquirido con un gravamen hipotecario en favor de un tercero, quisiera extinguir la hipoteca respectiva, podría recurrir a la consignación para levantar ese gravamen y sanear su situación jurídica, siempre que el acreedor hipotecario se oponga a dicho pago.

Así, el adquirente de un bien hipotecado -que asumió la obligación de cancelar dicho gravamen- puede retener el importe suficiente para el pago de esa garantía y ofrecerlo al acreedor hipotecario. Ante la negativa de éste último, queda el tercero adquirente autorizado a la consignación.

A decir de Wayar⁴⁶, habiéndose admitido que el tercero adquirente de un bien hipotecado puede retener el importe de la hipoteca y depositarlo judicialmente en favor del acreedor, liberando así al bien adquirido del gravamen, se plantea la cuestión de saber si el tercero adquirente debe depositar el monto nominal o actualizado de la deuda. En este caso señala Wayar que debe estarse a lo que dispongan las cláusulas del respectivo contrato hipotecario. Pero si nada se dice en ese instrumento, se debe depositar la suma nominalmente pactada, y sólo proceder a la actualización si así lo resuelve el Juez a pedido de parte y conforme a las circunstancias de la causa.

Por lo demás, en cuanto a la facultad del deudor para recurrir a la vía consignatoria, precisamos agregar que existen una diversidad de supuestos que

⁴⁴ BUSSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo V, Página 580.

⁴⁵ WAYAR, Ernesto Clemente. Op. cit., Página 104.

⁴⁶ WAYAR, Ernesto Clemente. Op. cit., Página 107.

autorizan a la consignación. Verbigracia, aquellos en los que el deudor no puede hacer un pago válido.

3. **Características.**

Dentro de tal orden de ideas, y luego de haber expuesto los requisitos de la consignación como forma de pago, nos toca ahora tratar acerca de las características de esta figura jurídica.

En nuestra opinión dichas características son las siguientes:

3.1. *Es una forma excepcional de pago.*

Usualmente, el deudor paga a su acreedor de manera directa, ya que éste suele aguardar la satisfacción de su crédito al tiempo de su vencimiento.

Empero, cuando por diversas circunstancias el deudor se halle imposibilitado de pagar directamente a su acreedor, en forma excepcional podrá liberarse mediante la consignación.

A entender de los profesores argentinos Cazeaux y Trigo Represas⁴⁷, la consignación es un remedio excepcional, ya que lo corriente es que el pago se realice con la sola actuación de las partes **-solvens y accipiens-** privadamente. De esta manera el procedimiento del pago por consignación se torna viable únicamente, cuando el deudor aparece coartado en el ejercicio de su derecho a pagar, por la existencia de un obstáculo efectivo al cumplimiento directo y eficaz. De ahí que la mera posibilidad de que el acreedor pueda hacer difícil el cumplimiento, no habilita al deudor para pagar mediante consignación.

A decir de Boffi Boggero⁴⁸, normalmente el pago se realiza entre las partes de manera privada, pero cuando se dan ciertos supuestos, el deudor tiene que apelar -por excepción- a este medio de cumplimiento.

En la misma línea de pensamiento, Wayar⁴⁹ señala que la consignación es un remedio de carácter excepcional. Por regla general, el cumplimiento de las obligaciones y la disolución de los vínculos que ellas importan, deben verificarse normalmente.

⁴⁷ CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Tomo II, Páginas 215 y 216.

⁴⁸ BOFFI BOGGERO, Luis María. Tratado de las Obligaciones, Tomo IV, Páginas 143 a 145. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1979.

⁴⁹ WAYAR, Ernesto Clemente. Op. cit., Página 52.

3.2. *Es una facultad del deudor.*

La consignación es un pago impuesto al acreedor. Sin embargo esto no significa que el deudor, ante las dificultades que impiden un pago directo, deba necesariamente recurrir a la consignación. El deudor -queremos resaltarlo- puede o no consignar a fin de liberarse de su obligación.

Anota Busso⁵⁰ que la consignación es un medio de liberación que el deudor puede utilizar. Es, en consecuencia, un acto facultativo.

En términos de Wayar⁵¹, el deudor no está obligado a efectuar la consignación judicial cuando el acreedor se niegue a recibir el pago o existan obstáculos que imposibiliten el pago directo. Se trata sólo de una facultad que, como tal, puede dejar de emplear.

3.3. *Deben estar presentes los principios de identidad e integridad en el pago.*

Según se ha dicho, la consignación es una modalidad especial del pago. Y, como se sabe, en todo pago deben estar presentes los principios de identidad (debe cumplirse exactamente la prestación que se adeuda) y de integridad (debe pagarse en las cantidades pactadas). Estos principios, por obvias razones, también deben regir en el pago por consignación.

En tal orden de ideas, si el deudor ofreciese al acreedor efectuar un pago que no revistiera las características anotadas, éste podría -con todo derecho- oponerse al mismo, y si el deudor recurriera a consignarlo, tendría, asimismo, el derecho de impugnar la consignación, con las consecuencias que analizaremos en su momento.

En opinión de Wayar⁵² la consignación debe respetar los principios generales que gobiernan el pago. Esta figura no tendrá fuerza liberatoria, si no concurren en cuanto a las personas, objeto, modo y tiempo, todos los requisitos sin los cuales el pago no puede ser válido.

3.4. *Se trata de un proceso judicial.*

El pago por consignación reviste como una de sus características más notorias, la de consistir -necesariamente- en un proceso judicial.

Es evidente que si el deudor agota todos los medios extrajudiciales a su

⁵⁰ BUSSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo V, Página 566.

⁵¹ WAYAR, Ernesto Clemente. Op. cit., Página 51.

⁵² WAYAR, Ernesto Clemente. Op. cit., Páginas 51 y 52.

alcance para efectuar el pago, y, aun así, desea pagar, sólo tendrá por delante la vía judicial, a través de un proceso de consignación.

A decir de Wayar⁵³, el pago por consignación se traduce, por naturaleza, en un procedimiento judicial. Puesto que se trata del ejercicio coactivo de un derecho (el que tiene el deudor para obtener su liberación), sólo será legítimo en tanto se dé intervención al órgano jurisdiccional competente. El deudor carece de facultades para imponer -privadamente y por la fuerza- el pago a su acreedor. Más aún, la actuación del deudor debe ajustarse a lo dispuesto en las leyes procesales, en cuanto a formas, términos, pruebas, etc.

Añade el referido autor que el juicio de consignación es contencioso, por considerar que el depósito de las sumas debidas, sin que el acreedor tome participación en el juicio, es insuficiente para configurar un verdadero pago. Es decir, resulta necesario que se respete el principio de contradicción, emplazándose al acreedor a contestar la demanda, y, si no lo hace, el juicio seguirá su curso y se aplicarán las reglas sobre rebeldía.

Al respecto, debemos señalar que disentimos de la opinión de Wayar en el sentido de que la consignación necesariamente conlleva a un proceso contencioso. De acuerdo a la ley procesal peruana, el ofrecimiento de pago y la consignación se tramitan en proceso no contencioso⁵⁴.

No obstante lo señalado, cuando exista un proceso contencioso en el cual se discute la relación jurídica que originó o que está conexas a la prestación que se pretende cumplir, la consignación deberá realizarse en dicho proceso, siguiendo el trámite que corresponda. Esto, en razón a lo dispuesto por el artículo 802 del Código Procesal Civil.

Requiere precisarse, adicionalmente, que la consignación es un acto complejo.

En efecto, el pago por consignación es, necesariamente, un acto jurídico, pero además es un acto procesal, pues requiere de la intervención del Poder

⁵³ WAYAR, Ernesto Clemente. Op. cit., Página 50.

⁵⁴ El inciso 7 del artículo 749 del Código Procesal Civil señala: "Se tramitan en proceso no contencioso los siguientes asuntos:

(...)

7.

recimiento de pago y consignación.

(...)." Of

Judicial para que pueda efectuarse.

A entender de Busso⁵⁵ la consignación también constituye un instituto complejo. Simultáneamente concierne al derecho de fondo, ya que es un modo de extinguir obligaciones, y al procesal, por cuanto su realización implica diversas actuaciones que consideradas en su conjunto constituyen un procedimiento.

Asimismo, compartimos la posición de Busso cuando sostiene que la complejidad del pago por consignación se extiende a las relaciones que entabla el consignante con la entidad consignataria, que en el caso peruano sería el Banco de la Nación, cuando se consignen prestaciones dinerarias, o con un tercero, en caso que se consignen prestaciones susceptibles de depósito.

Acerca del aspecto procesal del pago por consignación, debemos recordar que el Código de Procedimientos Civiles Peruano de 1912 -reemplazado por el Código Procesal Civil, vigente desde el 28 de julio de 1993- no contemplaba normas expresas sobre los aspectos adjetivos o procesales referentes al pago por consignación.

En tal orden de ideas, durante la vigencia del Código de Procedimientos Civiles de 1912, se presentaban los llamados "juicios de impugnación de la consignación".

Con el Código Procesal anterior, si existía un proceso en trámite sobre la legitimidad o no del derecho de las partes, el juez reservaba resolver la consignación hasta luego de conocer el resultado del juicio respectivo (que, por citar un caso frecuente, podía consistir en un desahucio por ocupación precaria en el que quien ocupaba un inmueble alegaba la condición jurídica de arrendatario).

Sin embargo, cuando no existía un proceso paralelo, y se consignaba, el juez, ante la impugnación de la obligación, estaba obligado a abrir juicio para que las partes pudieran acreditar la legitimidad de sus derechos, actuando las pruebas respectivas. Y así lo hacía y en juicio ordinario, porque no estaba previsto un procedimiento especial para estos casos. Se aplicaba, en consecuencia, el artículo 296 del antiguo Código de Procedimientos Civiles, cuyo texto era el siguiente: "Se ventilan en Juicio Ordinario las cuestiones litigiosas que no tienen tramitación especial señaladas en este Código, y cuyo valor exceda del monto de treinta sueldos mínimos vitales señalado para la Industria y Comercio para la Provincia de Lima, vigentes a la fecha de iniciación del Año Judicial en que se interpone la demanda; o es inapreciable en dinero."

⁵⁵ BUSSO, Eduardo B. Op. cit., Página 565.

4. **Actual normatividad procesal sobre pago por consignación.**

Debemos advertir al lector, por la estrecha relación que tiene el plano teórico o sustantivo del pago por consignación con su aspecto adjetivo, que el Código Procesal Civil de 1993 trata a profundidad el tema, entre sus artículo 802 y 816.

5. **Personas con derecho a efectuar el pago por consignación.**

Consideramos que al ser el pago por consignación uno forzoso o compulsivo, al que se ve obligado a recurrir el deudor en determinadas circunstancias, debe regirse, en cuanto a las personas habilitadas para efectuarlo, por los principios del pago en general, vale decir por lo previsto por el artículo 1222 del Código Civil, de texto siguiente:

Artículo 1222.- "Puede hacer el pago cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, sea con el asentimiento del deudor o sin él, salvo que el pacto o su naturaleza lo impidan.

Quien paga sin asentimiento del deudor, sólo puede exigir la restitución de aquello en que le hubiese sido útil el pago."

Para tal fin remitimos al lector a los comentarios que efectuamos con ocasión del análisis de esta norma⁵⁶.

Sobre el tema, expresa Guillermo Ospina Fernández⁵⁷ que el pago de una obligación puede hacerse no solamente por el deudor, sino también por cualquier persona, esté o no interesada en el cumplimiento de la obligación, y aun contra la voluntad del deudor o del acreedor. En consecuencia, cualquier persona está legitimada para efectuar el pago por consignación, pero, claro está, si se dan los requisitos especiales para la validez del pago.

Respecto a los requisitos que debe tener la persona del deudor consignante, Cazeaux y Trigo Represas⁵⁸ consideran que se admite -en principio- que pueden consignar todas las personas que tengan algún interés jurídico en el cumplimiento de la obligación. Asimismo se acepta que un tercero pueda también consignar cuando no le fuere aceptado el pago de una deuda. Pero, sin embargo,

⁵⁶ OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Op. cit. Primera Parte, Tomo IV, Páginas 248 a 291.

⁵⁷ OSPINA FERNANDEZ, Guillermo. Régimen General de las Obligaciones, Página 405. Editorial Temis S.A., Bogotá, Colombia, 1987.

⁵⁸ CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Tomo II, Páginas 218 y 219.

la consignación hecha por un tercero debe serlo en el carácter de tal y sin pretender investir la calidad de deudor, ya que de lo contrario se le posibilitaría por la vía de la consignación, el aprovechamiento de un **status** jurídico que no le correspondía y que el acreedor habría podido rechazar con todo derecho, oponiéndose al pago directo.

Precisan Cazeaux y Trigo Represas, que la mayoría de la doctrina argentina, enrolada en la tesis que afirma que el pago es un acto jurídico, exige además que el consignante sea persona capaz, para poner al demandado a resguardo de cualquier eventual acción de nulidad o repetición. Ellos, en cambio, han considerado que el pago es por su naturaleza un hecho jurídico, y que por lo tanto es igualmente válido, pese a lo dispuesto en la ley, aunque el deudor sea incapaz. Pero esto no obsta a que coincidan con la mayoría de la doctrina, aunque por otros motivos, en la necesidad de que el consignante sea una persona capaz. Esto es así, por cuanto el llamado pago por consignación no es propiamente un "pago" **stricto sensu**, sino un procedimiento coactivo para el logro del interés del deudor en liberarse, el que se realiza a través de un trámite judicial, de un juicio. Y, siendo ello así, estiman que es claro que el pago por consignación requiere la realización de "actos procesales", que son actos jurídicos, pues como bien se ha señalado "cuando los hechos aparecen dominados por una voluntad jurídica idónea para crear, modificar o extinguir derechos procesales, se denominan actos procesales. Así, la presentación de la demanda, la notificación al demandado... son actos (jurídicos) procesales". Siendo los actos procesales actos jurídicos, se explica -según Cazeaux y Trigo Represas-, que se requiera la capacidad del consignante, capacidad procesal que coincide con la capacidad de hecho o de obrar que establece el Código Civil. Y por todo ello es que, con acierto, apunta Falzea, también recordado por Busso, que el incapaz no puede invocar su sola incapacidad para repetir lo pagado, pero el consignante incapaz podría invocar su incapacidad para retirar la suma depositada, lo cual, en el Derecho Argentino, está autorizado **in genere** por el artículo 761 de su Código Civil, salvo que el acreedor hubiera aceptado el depósito, perfeccionando así el pago. Si el consignante fuese un tercero, su capacidad resulta tanto más indispensable, atento que más que un pago, lo que el mismo realiza constituye una liberalidad.

En lo concerniente al sujeto pasivo, Cazeaux y Trigo Represas sostienen que la consignación debe efectuarse a nombre del acreedor a quien se procura imponer forzosamente la recepción del pago, siendo -en cambio- ineficaz una demanda por consignación seguida contra un tercero que no tenga calidad alguna para recibir el pago; y si se hubiese designado un **adjectus solutionis gratia**, demás está decir que sería procedente la consignación intentada contra el mismo.

Por nuestra parte, y en lo referente a la capacidad relacionada con el tema del pago por consignación, debemos manifestar que somos de la opinión que quien consigne deberá necesariamente tener capacidad de ejercicio, pues en caso contrario estaríamos frente a un pago inválido.

No obstante ello, precisa aclarar que lo expresado nada tiene que ver con la circunstancia de que quien consigna sea o no el deudor de la obligación, pues como dijimos en su oportunidad, quien paga puede ser un tercero, y en la mayoría de estos supuestos el acreedor no podrá oponerse al pago, salvo en los casos en que tal oposición sea procedente.

Por lo demás, hacemos plenamente de aplicación al tema las consideraciones aducidas cuando estudiamos acerca de la capacidad del acreedor para efectuar el pago -artículos 1222 y 1223 del Código Civil-⁵⁹.

Y, en lo que respecta al beneficiario de la consignación, consideramos que a esta materia también le son aplicables nuestros comentarios y la normatividad legal de los artículos 1224, 1227 y 1228 del Código Civil⁶⁰.

6. ***Momento en que debe efectuarse la consignación.***

En lo referente al momento en que debe efectuarse la consignación, señalamos con Demolombe⁶¹ que no habiendo determinado la ley ningún plazo entre las ofertas y la consignación, ésta -que es facultativa para el deudor- puede realizarla él mismo cuando lo juzgue conveniente: sea inmediatamente o después de las ofertas, o en un plazo más o menos largo, según su parecer. Pero anota que, sin embargo, dado que las ofertas reales sólo son liberadoras en tanto que están seguidas de una consignación, es de interés del deudor probar que sus ofertas reales son sinceras y que quiere estar libre para depositar lo antes posible.

Respecto al tiempo en que debe realizarse la consignación, Cazeaux y Trigo Represas⁶² señalan que el pago por consignación debe ser hecho en tiempo propio, es decir no ser ni prematuro (anticipado) ni tardío.

La consignación es prematura, si se efectúa antes del vencimiento del plazo que, como es sabido, se presume establecido en interés de ambas partes. Así, en la Argentina se ha declarado extemporánea, por anticipada, la consignación efectuada en el mismo día que vencía la obligación, toda vez que el acreedor habría podido recibir el pago hasta las veinticuatro (24) horas de esa fecha, lo cual, a nuestro parecer, constituye una exageración.

⁵⁹ OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Op. cit., Primera Parte, Tomo IV, Páginas 243 a 317.

⁶⁰ OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Op. cit., Primera Parte, Tomo IV, Páginas 319 a 344; 393 a 405; y 407 a 417, respectivamente.

⁶¹ DEMOLOMBE, C. Op. cit., Tomo XXVIII, Página 81.

⁶² CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Tomo II, Página 220.

A su vez se considera, en general, que es extemporánea la consignación realizada por un deudor incurso en mora. Pero esto es así, solamente, si lo que se pretende abonar es la obligación originaria, mas no si a la prestación debida se le suma el complemento de la reparación del daño moratorio, en cuyo supuesto el deudor puede pagar válidamente y hacer cesar su estado de mora, pudiendo, en consecuencia -por igual razón-, liberarse mediante consignación en caso de rechazo injustificado del pago por el acreedor.

Los profesores citados sostienen⁶³ que la reforma del artículo 509 del Código Civil Argentino, introducida por el Decreto Ley N° 17.711/68, al sancionar la mora automática en las obligaciones con plazo expreso, ha puesto punto final a un debate que dividía a la jurisprudencia argentina, respecto de la validez de una consignación efectuada después de vencido el término fijado para el cumplimiento de la obligación, pero antes de haber sido constituido en mora el deudor mediante el pertinente requerimiento de pago. En la actualidad, agregan, vencido el plazo, la mora se opera automáticamente, lo cual excluye la posibilidad de tal planteamiento respecto de las obligaciones con plazo expreso. Añaden que, fuera de lo expuesto, la consignación también es tardía en los casos de plazo "esencial" o "perentorio", en los cuales, después de pasado el término previsto, el cumplimiento de la prestación carece ya de utilidad e interés para el acreedor, supuestos en los que el deudor ha perdido ya su derecho de pagar, sea por haber incurrido en caducidades o por haber operado la resolución en razón del no cumplimiento en el tiempo propio.

7. ***Efectos prácticos del pago por consignación.***

Si queremos referirnos a los efectos prácticos de la consignación, éstos podrían reducirse a cuatro:

7.1. *Coloca al acreedor bajo una compulsión legal.*

Sin duda la consignación tiene por efecto colocar al acreedor bajo una compulsión legal: acepta o no acepta la consignación realizada.

Los términos "compulsión legal" deben ser entendidos en el sentido de que el acreedor, luego de efectuada la consignación, se encuentra en una posición compulsiva, ya que el deudor ha recurrido a este medio extremo justamente para que dicho acreedor acepte o se oponga a la consignación efectuada. El acreedor no tiene otra alternativa.

⁶³ CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Página 220.

7.2. *Detiene el devengamiento de los intereses.*

Sobre el tema, señalamos que de acuerdo al parecer mayoritario de la doctrina, el pago por consignación suspende el curso de los intereses de carácter compensatorio que venían devengándose.

En lo que respecta a los intereses moratorios, debemos ser cuidadosos al abordar el tema, ya que el deudor se encontrará obligado a dicho pago en el único y exclusivo supuesto de que haya incurrido en mora. En consecuencia, no es posible hablar del pago de intereses moratorios en el supuesto de mora del acreedor, ni en el caso de un deudor no moroso.

Ahora bien, como el caso más frecuente en el pago por consignación es que el acreedor rehúse recibir el pago, de ser constituido en mora por el deudor se configuraría un supuesto de mora creditoria, en el que -según hemos señalado- no se generaría la obligación del deudor de pagar intereses moratorios.

7.3. *Coloca los riesgos de pérdida del bien depositado a cargo del acreedor.*

Sobre el tema de los riesgos del depósito, Héctor Lafaille⁶⁴ anota que el deudor queda exento desde un principio en cuanto a las responsabilidades que de tal consignación se derivan, las cuales pasan, por lo común, al establecimiento público encargado de la custodia.

Pero considera que los fondos o valores de que se trata continúan en el patrimonio del actor, quien puede, por lo tanto, disponer de ellos. Así, mientras el acreedor no hubiese aceptado la consignación, o no hubiese recaído declaración judicial teniéndola por válida, podrá el deudor retirar la cantidad consignada. No obstante, entran en juego las reglas procesales relativas a la constitución del pleito, de manera que si el obligado resuelve recabar la devolución del depósito, no podrá eludir las consecuencias en cuanto a las costas y las demás que origina el desistimiento.

Agrega que en cualquiera de estas situaciones, la obligación renacerá con todos sus accesorios. Y precisa que no es jurídicamente exacto que el crédito y la deuda "renazcan", a pesar de lo anotado, pues para ello sería menester que se hubiesen extinguido, y es cabalmente lo que no se produce en el caso. La verdad es que, juzgándose la consignación como no producida, aquéllos subsisten en su plenitud, con todos sus accesorios y garantías, reales o personales.

Dictado el fallo, la situación es clara: si no se admite la demanda, el depósito queda a disposición del actor, el cual no extingue su deuda, pero

⁶⁴ LAFAILLE, Héctor. Derecho Civil, Tratado de las Obligaciones, Tomo IV, Volumen I, Páginas 351 y 352. Compañía Argentina de Editores S.R.L., Buenos Aires, 1943.

continúa como dueño de los valores ofrecidos; si ocurre lo contrario, pertenece al acreedor, quien debe darse por satisfecho, sufriendo las consecuencias que la ley establece.

En lo personal, podemos señalar que el tema de la Teoría del Riesgo fue estudiado por nosotros en ocasión anterior, cuando estudiamos el artículo 1138 del Código Civil Peruano⁶⁵.

Sin embargo, el Código Civil de 1984 no solamente regula el tema de la Teoría del Riesgo en relación a las obligaciones de dar bienes ciertos, sino que también lo hace cuando trata acerca del Contrato con Prestaciones Recíprocas (Título VI, de la Sección Primera, Contratos en General, Libro VII, Fuentes de las Obligaciones, artículos 1426 a 1433), en los numerales 1431, 1432 y 1433.

Pero, por otra parte, en concordancia con lo dispuesto en los numerales citados y por el mencionado artículo 1138, el Código Civil Peruano también trata sobre el tema de la Transferencia del Riesgo en el Capítulo Sexto del Título I, Compraventa, Sección Segunda, Contratos Nominados, del propio Libro VII de Fuentes de las Obligaciones, en los numerales 1567, 1568, 1569 y 1570.

Sobre el tema de la Teoría del Riesgo, debemos agregar que se relaciona- como es obvio- con el de la Transferencia del Riesgo, pues este último está referido a la forma en la que se transfieren los riesgos. Resulta evidente, por tanto, que precisa conocerse cómo opera la Teoría del Riesgo, para luego determinar cuándo y cómo se transfieren los riesgos.

En materia de pago por consignación ocurre algo muy especial, porque los riesgos se transfieren a partir del momento en que el acreedor es constituido en mora. Ello bastará para que opere la transferencia del riesgo, sin que el deudor requiera consignar lo debido. Pensamos pues que existe un doble procedimiento con un mismo objetivo, el que se lograría -alternativamente- con cualquiera de las dos formas enunciadas.

Es claro, con base en lo expuesto, que si el deudor procediese a efectuar la consignación de lo debido, se liberaría de los riesgos del caso, los mismos que pasarían al acreedor. Aquí dejaría de ser de aplicación el principio **periculum est debitoris** y entraría en juego el principio **periculum est creditoris**.

Naturalmente, todos estos supuestos parten de la premisa de que el bien a entregar se pierda sin culpa de las partes (acreedor o deudor), pues si se perdiese por culpa del acreedor, éste no tendría derecho de exigir la prestación debida, pero estaría obligado a pagar el íntegro de su contraprestación; y si el

⁶⁵ OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Op. cit., Primera Parte, Tomo II, Páginas 27 a 65.

bien se perdiera por culpa del deudor, éste no tendría derecho a recibir la contraprestación, si la hubiere, y además confrontaría el eventual pago de una indemnización de daños y perjuicios.

7.4. *Extinción de la mora deuditoria.*

Si con posterioridad a ser constituido en mora, el **solvens** formula a su acreedor un ofrecimiento real de pago, cabe preguntarse si tal oferta es suficiente para extinguir la mora deuditoria⁶⁶.

El tema -sin lugar a dudas- se presta a discusión.

Un sector de la doctrina participa de la tesis negativa, afirmando que las ofertas de pago no tienen la virtualidad de purgar la mora del deudor.

Por nuestra parte, consideramos que el pago por consignación podría poner fin a la situación de mora del deudor. Sin embargo, precisamos que una situación como la descrita sería de naturaleza excepcional, ya que usualmente, si el deudor ha ofrecido el pago (presupuesto indispensable para que luego pueda consignar), éste no se encontraría en mora.

No obstante ello, si un deudor, después de constituido en mora, decide cumplir, y con tal fin se dirige al acreedor ofreciendo el pago -en el entendido de que este ofrecimiento reúna las características de identidad e integridad y además considere el monto de los intereses y otros gastos-, tal ofrecimiento podría purgar la mora deuditoria.

Nos explicamos.

Cierta doctrina y alguna jurisprudencia sostiene -con razón- que el deudor constituido en mora queda privado del derecho a realizar ofertas y obtener su liberación coactiva. Lo contrario significaría reconocer al deudor el derecho de pagar tardíamente.

Sin embargo, podría ocurrir que la prestación adeudada aún sea posible y que además resulte de utilidad para el acreedor.

A nuestro entender, la persona con capacidad para determinar si la prestación todavía le resulta útil o no, será el acreedor de la obligación.

⁶⁶ Anota Wayar (WAYAR, Ernesto Clemente. Op. cit., Página 67.) que la mora del deudor es la "situación anormal de retraso en el cumplimiento por la que atraviesa una relación de obligación exigible, cuando por una causa imputable, el deudor no satisface oportunamente la expectativa del acreedor, o éste rehúsa las ofertas reales que se formulan, y que subsiste mientras la ejecución de la específica prestación, aunque tardía, sea posible y útil."

De allí que deba dejarse a salvo el derecho del acreedor de aceptar o rechazar el ofrecimiento tardío del pago, por el deudor moroso. Consecuentemente, si desde la fecha de constitución en mora hasta el momento en el cual el deudor manifiesta su voluntad de pago, la prestación, lejos de ser necesaria, resulta inútil o perjudicial para el acreedor, éste podrá válidamente negarse a aceptar el pago, siendo improcedente, por tanto, la consignación.

Por su parte, Wayar⁶⁷ considera que la mora es una situación esencialmente dinámica, ya que tiende a cesar o extinguirse. Así, entre los medios por los cuales la mora del deudor termina, se cuenta la consignación; pues, en efecto, si el pago directo no puede tener lugar por alguna de las causales previstas por la ley, le cabe al deudor, como es sabido, la posibilidad de consignar judicialmente la integridad de la prestación que adeuda. Si la consignación no es impugnada por el acreedor o es declarada válida por sentencia firme, producirá los efectos del verdadero pago, aniquilando de ese modo, por derivación lógica, los efectos de la mora en que pudo incurrir el deudor. Wayar destaca que la consignación sólo será válida o admisible cuando comprenda no sólo la prestación originaria, sino también las accesorias derivadas de la mora.

Por otra parte, se ha dicho que otro de los efectos del pago por consignación es constituir en mora al acreedor.

Dentro del régimen legal peruano, el acreedor incurre en mora cuando sin motivo legítimo se niega a aceptar la prestación ofrecida o no cumple con practicar los actos necesarios para que se pueda ejecutar la prestación que se adeuda.

Es claro que siendo uno de los requisitos para que opere el pago por consignación, la negativa del acreedor a recibirlo, pueda entenderse que la consignación constituye uno de los supuestos de la mora creditoria.

En este sentido, anota Wayar⁶⁸ que del inmenso número de obligaciones que diariamente genera la vida de relación, sólo un número reducido de ellas son resueltas en los estrados judiciales; y es porque el cumplimiento de las obligaciones se verifica casi siempre con normalidad. No es común que el deudor encuentre obstáculos para efectuar un pago voluntario y espontáneo. Al contrario, sí es común que el acreedor espere confiado el cumplimiento y se vea frustrado por su deudor. Este fenómeno da lugar al estudio de la teoría del incumplimiento y de la mora deuditoria; en tanto el otro fenómeno -menos común- por el cual el deudor se ve imposibilitado o frustrado en su pretensión de pagar y de liberarse, da lugar al estudio del pago por consignación y al examen de la mora creditoria.

⁶⁷ WAYAR, Ernesto Clemente. Op. cit., Página 67.

⁶⁸ WAYAR, Ernesto Clemente. Op. cit., Páginas 69 y 70.

8. **Análisis del nuevo texto del artículo 1251 del Código Civil.**

Debemos precisar que el nuevo Código Procesal Civil, vigente desde el 28 de julio de 1993, ha modificado todos los artículos relativos al pago por consignación que recogía el Código Civil de 1984. Dicho Código corresponde al Texto Unico Ordenado que publicó el Diario Oficial "El Peruano" el 22 de abril de 1993, y que fue aprobado por R.M. N° 010-93-JUS, Decreto Legislativo N° 767, Decreto Legislativo N° 768, Decreto Ley N° 25869 y Decreto Ley N° 25940.

En tal sentido, el texto del artículo 1251, presunta norma sobre el tema, ha quedado con la siguiente redacción:

Artículo 1251.- *"El deudor queda libre de su obligación si consigna la prestación debida y concurren los siguientes requisitos:*

1. *Que el deudor haya ofrecido al acreedor el pago de la prestación debida, o lo hubiera puesto a su disposición de la manera pactada en el título de la obligación.*

2. *Que, respecto del acreedor, concurren los supuestos del artículo 1338 o injustificadamente se haya negado a recibir el pago. Se entiende que hay negativa tácita en los casos de respuestas evasivas, de inconcurrencia al lugar pactado en el día y hora señalados para el cumplimiento, cuando se rehuse a entregar recibo o conductas análogas."*

En nuestra opinión el Código Procesal Civil no debió modificar, salvo en lo que resultara indispensable o incompatible con su propio texto, las disposiciones del Código Civil de 1984.

Nuestra apreciación tiene como fundamento el hecho de que el nuevo Código ha trastocado injustificadamente el sentido original de los preceptos del Código sustantivo, a los ocho años y meses de vigencia, sin que sus preceptos hubieran sido objeto de un estudio a profundidad -ni tampoco siquiera de manera superficial- por la doctrina. La jurisprudencia de los tribunales de justicia de la República tampoco era adversa al texto original de los artículos del Código Civil de 1984 referidos al pago por consignación.

En otras palabras, no existía razón alguna para variar, mediante una ley de procedimientos, el tema sustantivo del pago por consignación.

Somos -y lo venimos manifestando desde hace varios años⁶⁹- contrarios a

⁶⁹ OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Op. cit., Primera Parte, Tomo I, Páginas 69 y 70; y CASTILLO FREYRE, Mario. Tentaciones Académicas (La Reforma del

reformas inconsultas, improvisadas y sucesivas de nuestra legislación civil, pues lo único que acarrearán, usualmente, son problemas en la aplicación e interpretación de sus preceptos, al quebrar la armonía que inspira a todo cuerpo legal.

La reforma legislativa -sobre todo en materia civil-, más que un ejercicio académico debe constituir un trabajo serio y concienzudo, que garantice idoneidad y estabilidad jurídica. Las improvisaciones de laboratorio son las más de las veces funestas.

Pero, producida la reforma, nos corresponde comentarla.

El texto original del artículo 1251 del Código Civil era, sin vacilación alguna, mucho más técnico que el derivado de la reforma introducida por el Código Procesal Civil de 1993.

Esto, por varias razones.

- (a) En primer lugar, el precepto primigenio no efectuaba una enumeración taxativa de los requisitos para que procediera la consignación. Ello daba lugar a que el tema tuviese la amplitud necesaria de interpretación doctrinaria y jurisprudencial.
- (b) Por otra parte, no nos parece adecuado haber introducido en el inciso 2 del citado numeral el tema de la constitución en mora del acreedor, pues ambos conceptos, éste y el del pago por consignación, son de naturaleza diversa, no obstante tener puntos de referencia y aplicación práctica comunes.
- (c) En el propio inciso 2 del artículo 1251, cuando se efectúa una enumeración de los diversos supuestos en los cuales se entiende que hay negativa injustificada del acreedor a recibir el pago por parte del deudor, el Código Procesal Civil ha errado al efectuar tal enumeración, porque ella es incompleta, ya que faltan múltiples hipótesis que, para efectos de la interpretación del inciso 2, tendrían que incorporarse en la denominación final de "conductas análogas".
- (d) Existe flagrante contradicción entre el texto del nuevo artículo 1251 y el artículo 1254 acerca del momento en el cual el deudor se libera.

El artículo 1251 señala que tal situación se produce con la consignación, mientras que el artículo 1254 establece que el deudor se libera cuando la

Código Civil Peruano de 1984). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1998.

oposición del acreedor es desestimada por resolución con autoridad de cosa juzgada, o cuando el deudor no se opone al ofrecimiento, en ambos casos con efecto retroactivo a la fecha de dicho ofrecimiento.

Lima, junio del 2001.