FELIPE OSTERLING PARODI
MARIO CASTILLO FREYRE

TRATADO DE LAS OBLIGACIONES



Biblioteca PARA LEER EL CODIGO CIVIL
VOL. XVI
PRIMERA PARTE - TOMO III

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU
FONDO EDITORIAL 1994

Felipe Osterling Parodi, abogado y Doctor en Derecho, 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. Es profesor principal de esta materia en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y profesor extraordinario en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima.

Mario Castillo Freyre, abogado y Magister en Derecho, es profesor de Obligaciones y Contratos en las Facultades de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón.

La presente obra trata sobre la Teoría General de las Obligaciones y luego analiza, en forma exegética, el articulado del Código Civil Peruano de 1984 relativo a esta materia, vinculando los temas con sus antecedentes nacionales y extranjeros, doctrina, jurisprudencia y concordancias.

En palabras del ilustre jurista argentino Doctor Guillermo A. Borda "...esta obra excede largamente de un prolijo comentario del Código Civil de 1984; es una obra de un significado universal, de la que no podrá prescindir ningún estudioso del derecho civil y que honra a la literatura jurídica peruana y latinoamericana."

MARIO CASTILLO FREYRE
Profesor de Obligaciones y Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón

FELIPE OSTERLING PARODI
Profesor de Obligaciones en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad de Lima

TRATADO DE LAS OBLIGACIONES

PRIMERA PARTE

TOMO III

BIBLIOTECA
PARA LEER EL CODIGO CIVIL
VOL. XVI

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU
FONDO EDITORIAL 1994

Primera edición, noviembre de 1994. 3,000 ejemplares

Cubierta: Grabado de Honoré Daumier

Tratado de las Obligaciones
(Biblioteca Para leer el Código Civil, Vol. XVI, primera parte, Tomo III)

Copyright © 1994 por Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Av. Universitaria, cuadra 18, San Miguel. Lima, Perú. Telfs. 626390, 622540 anexo 220.

Derechos reservados

ISBN 84-8390-955-3
ISBN 84-8390-972-3

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

Impreso en el Perú - Printed in Peru.

TOMO III

CONTENIDO GENERAL

2. Presunción de divisibilidad por partes iguales 19
Artículo 1173 19
Fuentes nacionales del artículo 1173 19
Fuentes y concordancias extranjeras 21
Análisis 22
Jurisprudencia peruana del artículo 1173 24
Concordancias nacionales 24

3. Oposición del beneficio de la división en las obligaciones divisibles y mancomunadas 27
Artículo 1174 27
Fuentes nacionales del artículo 1174 27
Fuentes y concordancias extranjeras 29
Análisis 30
Propuesta de eventual modificación legislativa del artículo 1174 33
Fundamento 33
Concordancias nacionales 33

1. Concepto de obligaciones indivisibles y solidarias 37
Artículo 1175 37
Fuentes nacionales del artículo 1175 38
Fuentes y concordancias extranjeras 40
Análisis 41
a. Cuando no resulta susceptible de división o de cumplimiento parcial por mandato de la ley 59

b. Cuando no resulta susceptible de división o de cumplimiento parcial por la naturaleza de la prestación 60
c. Cuando no resulta susceptible de división o de cumplimiento parcial por el modo en que fue considerada al constituirse 60
Las obligaciones solidarias y otras clases de obligaciones 75
1. Las obligaciones **in solidum** o concurrentes 76
2. Las obligaciones disyuntas 80
3. Las obligaciones conexas 92
4. Las obligaciones parciarias 93
5. Las obligaciones parciales 95
Jurisprudencia peruana del artículo 1175 96
Concordancias nacionales 96

2. Exigibilidad del cumplimiento total de la prestación 97
Artículo 1176 (primer párrafo) 97
Artículo 1186 97
Fuentes nacionales del artículo 1176 97
Fuentes y concordancias extranjeras 99
Fuentes nacionales del artículo 1186 101
Fuentes y concordancias extranjeras 103
Análisis 105
Concordancias nacionales del artículo 1176 114
Jurisprudencia peruana del artículo 1186 114
Concordancias nacionales del artículo 1186 114

3. Pago 115
Artículo 1176 (segundo párrafo) 115
Artículo 1185 115
Fuentes nacionales del artículo 1185 115
Fuentes y concordancias extranjeras 117
Análisis 118
Propuesta de eventual modificación legislativa del artículo 1185 124
Fundamento 124
Concordancias nacionales del artículo 1185 124

4. Muerte del deudor o del acreedor. Consecuencias 125
Artículo 1177 125

Artículo 1187 125
Fuentes nacionales del artículo 1177 125
Fuentes y concordancias extranjeras 127
Fuentes nacionales del artículo 1187 127
Fuentes y concordancias extranjeras 129
Análisis 130
Concordancias nacionales del artículo 1177 139
Jurisprudencia peruana del artículo 1187 139
Concordancias nacionales del artículo 1187 140

5. Consolidación entre el acreedor y uno de los deudores 141
Artículo 1178 141
Artículo 1191 141
Fuentes nacionales del artículo 1178 141
Fuentes y concordancias extranjeras 142
Fuentes nacionales del artículo 1191 143
Fuentes y concordancias extranjeras 144
Análisis 145
Concordancias nacionales del artículo 1178 152
Concordancias nacionales del artículo 1191 152

6. Extinción total de las obligaciones para los acreedores 153
Artículo 1179 153
Artículo 1190 (primer párrafo) 153
Fuentes nacionales del artículo 1179 153
Fuentes y concordancias extranjeras 155
Fuentes nacionales del artículo 1190 156
Fuentes y concordancias extranjeras 159
Análisis 160
Concordancias nacionales del artículo 1179 164
Concordancias nacionales del artículo 1190 165

7. Extinción parcial de la obligación para los acreedores 167
Artículo 1190 (segundo párrafo) 167
Análisis 167

8. Incumplimiento culposo o doloso de la obligación 169
Artículo 1180 169
Artículo 1195 169

Fuentes nacionales del artículo 1180 169
Fuentes y concordancias extranjeras 171
Fuentes nacionales del artículo 1195 172
Fuentes y concordancias extranjeras 174
Análisis 175
1. Responsabilidad de los codeudores en la obligación indivisible 185
2. Responsabilidad de los codeudores en la obligación solidaria 186
Propuesta de eventual modificación legislativa del artículo 1180 187
Fundamento 188
Concordancias nacionales del artículo 1180 188
Propuesta de eventual modificación legislativa del artículo 1195 188
Fundamento 189
Concordancias nacionales del artículo 1195 189

9. Aplicación de las normas de las obligaciones solidarias a las obligaciones indivisibles 191
Artículo 1181 191
Fuentes nacionales del artículo 1181 191
Fuentes y concordancias extranjeras 192
Análisis 193
Propuesta de eventual modificación legislativa del artículo 1181 197
Fundamento 197
Concordancias nacionales 198

10.Presunción 199
Artículo 1183 199
Fuentes nacionales del artículo 1183 199
Fuentes y concordancias extranjeras 202
Análisis 203
Naturaleza jurídica de la solidaridad 224
Nuestra opinión 245
Solidaridad pasiva y fianza solidaria 250
Propuesta de eventual modificación legislativa del artículo 1183 253

Fundamento 253
Jurisprudencia peruana del artículo 1183 253
Concordancias nacionales 256

11. Solidaridad pasiva. Obligación de los deudores con modalidades diferentes 257
Artículo 1184 257
Fuentes nacionales del artículo 1184 257
Fuentes y concordancias extranjeras 259
Análisis 260
Concordancias nacionales 265

12. Liberación total de los codeudores 267
Artículo 1188 267
Fuentes nacionales del artículo 1188 268
Fuentes y concordancias extranjeras 272
Análisis 275
Jurisprudencia peruana del artículo 1188 287
Concordancias nacionales 287

13. Liberación parcial de los codeudores 289
Artículo 1189 289
Fuentes nacionales del artículo 1189 289
Fuentes y concordancias extranjeras 291
Análisis 292
Concordancias nacionales 296

14. Excepciones pasibles de ser opuestas 297
Artículo 1192 297
Fuentes nacionales del artículo 1192 297
Fuentes y concordancias extranjeras 299
Análisis 300
Concordancias nacionales 308

15. Efectos de la sentencia 309
Artículo 1193 309
Fuentes nacionales del artículo 1193 309
Fuentes y concordancias extranjeras 311
Análisis 312

Concordancias nacionales 327

16. Constitución en mora de un codeudor o un coacreedor ... 329
Artículo 1194 329
Fuentes nacionales del artículo 1194 329
Fuentes y concordancias extranjeras 331
Análisis 332
Concordancias nacionales 341

17. Interrupción de la prescripción contra uno de los codeudores o coacreedores 343
Artículo 1196 343
Fuentes nacionales del artículo 1196 343
Fuentes y concordancias extranjeras 345
Análisis 346
Propuesta de eventual modificación legislativa del artículo 1196 353
Fundamento 353
Jurisprudencia peruana del artículo 1196 354
Concordancias nacionales 354

18. Suspensión de la prescripción contra uno de los codeudores o coacreedores 355
Artículo 1197 355
Fuentes nacionales del artículo 1197 355
Fuentes y concordancias extranjeras 357
Análisis 357
Concordancias nacionales 362

19. Renuncia a la prescripción por un codeudor o en favor de un coacreedor 363
Artículo 1198 363
Fuentes nacionales del artículo 1198 363
Fuentes y concordancias extranjeras 365
Análisis 365
Concordancias nacionales 367

20. Reconocimiento de la deuda por un codeudor solidario o por el deudor frente a un coacreedor solidario o a un acreedor 369
Artículo 1199 369
Fuentes nacionales del artículo 1199 369
Fuentes y concordancias extranjeras 370
Análisis 371
Concordancias nacionales 373

21. Renuncia del acreedor a la indivisibilidad o a la solidaridad 375
Artículo 1200 375
Fuentes nacionales del artículo 1200 375
Fuentes y concordancias extranjeras 377
Análisis 379
Concordancias nacionales 387

22. Renuncia del acreedor a la indivisibilidad o a la solidaridad, resultando insolvente otro u otros de los deudores .. 389
Artículo 1201 389
Fuentes nacionales del artículo 1201 389
Fuentes y concordancias extranjeras 390
Análisis 391
Concordancias nacionales 393

23. Renuncia del acreedor a la solidaridad, respecto de parte de los frutos o intereses 395
Artículo 1202 395
Fuentes nacionales del artículo 1202 395
Fuentes y concordancias extranjeras 396
Análisis 397
Concordancias nacionales 398

24. División de la obligación en las relaciones internas entre los diversos codeudores o coacreedores 399
Artículo 1203 399
Fuentes nacionales del artículo 1203 399
Fuentes y concordancias extranjeras 401
Análisis 403
Jurisprudencia peruana del artículo 1203 411

Concordancias nacionales 412

25. Insolvencia de algún codeudor 413
Artículo 1204 413
Fuentes nacionales del artículo 1204 413
Fuentes y concordancias extranjeras 415
Análisis 415
Concordancias nacionales 420

TITULO VII
Reconocimiento de las obligaciones

Formas de efectuar el reconocimiento de una obligación 421
Artículo 1205 421
Fuentes nacionales del artículo 1205 421
Fuentes y concordancias extranjeras 423
Análisis 424
Propuesta de eventual modificación legislativa del artículo 1205 451
Fundamento 452
Concordancias nacionales 452

TITULO VIII
Transmisión de las obligaciones

CAPITULO UNICO
Cesión de derechos

Cesión de derechos. Definición 453
Artículo 1206 453
Fuentes nacionales del artículo 1206 453
Fuentes y concordancias extranjeras 455
Análisis 457
Memorándum sobre la cesión de derechos 465

Memorándum. Comentarios al anteproyecto del Doctor Fernando Vidal Ramírez sobre la cesión de derechos 475
Memorándum. Para: Doctor Jorge Muñiz Ziches 479
Texto de los artículos propuestos por el Doctor Manuel de la Puente 480
Diferencias y semejanzas entre la cesión de derechos y la cesión de posición contractual 486
a. Diferencias 486
b. Semejanzas 489
Diferencias y semejanzas entre la cesión de derechos y el pago con subrogación 490
a. Diferencias 490
b. Semejanzas 492
Diferencias y semejanzas entre la cesión de derechos y la novación subjetiva por cambio de acreedor 492
a. Diferencias 493
b. Semejanzas 495
Diferencias entre la cesión de derechos y la cesión de deudas... 495
Propuesta de eventual modificación legislativa del artículo 1206 497
Fundamento 497
Jurisprudencia peruana del artículo 1206 497
Concordancias nacionales 498

Forma de la cesión de derechos 499
Artículo 1207 499
Fuentes nacionales del artículo 1207 499
Fuentes y concordancias extranjeras 500
Análisis 501
Propuesta de eventual modificación legislativa del artículo 1207 503
Fundamento 503
Concordancias nacionales 503

Derechos cedibles 505
Artículo 1208 505
Fuentes nacionales del artículo 1208 505
Fuentes y concordancias extranjeras 506

Análisis 506
Concordancias nacionales 509

Cesión de derechos sobre la herencia ya causada 511
Artículo 1209 511
Fuentes nacionales del artículo 1209 511
Fuentes y concordancias extranjeras 512
Análisis 512
Concordancias nacionales 515

Supuestos en los que no es posible la cesión 517
Artículo 1210 517
Fuentes nacionales del artículo 1210 517
Fuentes y concordancias extranjeras 518
Análisis 519
Concordancias nacionales 523

Alcances de la cesión de derechos 525
Artículo 1211 525
Fuentes nacionales del artículo 1211 525
Fuentes y concordancias extranjeras 526
Análisis 528
Concordancias nacionales 529

Garantía de existencia y exigibilidad del derecho cedido 531
Artículo 1212 531
Fuentes nacionales del artículo 1212 531
Fuentes y concordancias extranjeras 532
Análisis 533
Propuesta de eventual modificación legislativa del artículo 1212 534
Fundamento 535
Jurisprudencia peruana del artículo 1212 535
Concordancias nacionales 535

Garantía de la solvencia del deudor. Límites 537
Artículo 1213 537
Fuentes nacionales del artículo 1213 537
Fuentes y concordancias extranjeras 538

Análisis 539
Jurisprudencia peruana del artículo 1213 542
Concordancias nacionales 542

Garantías en la cesión operada por mandato legal 543
Artículo 1214 543
Fuentes nacionales del artículo 1214 543
Fuentes y concordancias extranjeras 544
Análisis 544
Propuesta de eventual modificación legislativa del artículo 1214 545
Fundamento 545
Concordancias nacionales 545

Momento desde el cual produce efectos la cesión 547
Artículo 1215 547
Fuentes nacionales del artículo 1215 547
Fuentes y concordancias extranjeras 548
Análisis 549
Jurisprudencia peruana del artículo 1215 552
Concordancias nacionales 553

Cumplimiento previo a la comunicación o aceptación 555
Artículo 1216 555
Fuentes nacionales del artículo 1216 555
Fuentes y concordancias extranjeras 556
Análisis 556
Concordancias nacionales 557

Concurrencia de acreedores respecto del derecho cedido 559
Artículo 1217 559
Fuentes nacionales del artículo 1217 559
Fuentes y concordancias extranjeras 560
Análisis 560
Propuesta de eventual modificación legislativa del artículo 1217 563
Fundamento 563
Concordancias nacionales 563

(2) PRESUNCION DE DIVISIBILIDAD POR PARTES IGUALES.

Artículo 1173.- *"En las obligaciones divisibles, el crédito o la deuda se presumen divididos en tantas partes iguales como acreedores o deudores existan, reputándose créditos o deudas distintos e independientes unos de otros, salvo que lo contrario resulte de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso."*

Se aplica a las obligaciones mancomunadas el artículo 1173, en virtud de lo dispuesto por el artículo 1182.

– Fuentes nacionales del artículo 1173.

Este artículo no registra antecedentes en el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836*; así como tampoco en el *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836;* ni en el *Código Civil de 1852.*

El *Proyecto de Código Civil de 1890* trata el tema en dos normas, los artículos 1522: "Las obligaciones se denominan

divisibles, cuando tienen por objeto prestaciones susceptibles de cumplimiento parcial; e indivisibles, si las prestaciones sólo pueden ser cumplidas por entero, o si tienen por objeto una cosa, o un hecho que, aunque divisible por su naturaleza, deja de serlo, teniendo en cuenta el modo como lo consideraron los contrayentes."; y 1535: "En la obligación mancomunada no solidaria, el crédito o la deuda se dividen en tantas partes iguales, cuantos acreedores o deudores hay, si el título que la constituye, no ha establecido partes desiguales entre los interesados, o si de ese título no resulta que el crédito o la deuda se deben dividir a prorrata del interés que cada acreedor, o cada deudor tengan en el negocio, a que se refiere la obligación. Las partes de los diversos acreedores se consideran como otros tantos créditos y las de los deudores como otras tantas deudas, todas distintas entre sí."

El *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925*, abordó el particular en el numeral 156: "Si la obligación se contrae entre varios acreedores y un solo deudor, o entre varios deudores y un solo acreedor, la deuda se divide entre ellos por partes iguales, si de otra manera no se hubiese estipulado."; mientras que el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926*, lo hizo en el artículo 148: "Si la obligación se contrae entre varios acreedores y un solo deudor, o entre varios deudores y un solo acreedor, la deuda se divide entre ellos por partes iguales, si de otra manera no se hubiese estipulado."; el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936*, en su artículo 1191: "Si la obligación se contrae entre varios acreedores y un sólo deudor, o entre varios deudores y un sólo acreedor, la deuda se divide entre ellos por partes iguales, si de otra manera no se hubiese establecido."; y el *Código Civil de 1936*, en el artículo 1201: "Si la obligación se contrae entre varios acreedores y un solo deudor, o entre varios deudores y un solo acreedor, la deuda se divide entre ellos por partes iguales, si de otra manera no se hubiese establecido."

Por otra parte, dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973*, no reguló el tema.

En tanto, el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980*, legislaba sobre el particular en el numeral 51: "En las obligaciones divisibles, el crédito o la deuda se presumen divididos en tantas partes iguales como acreedores o deudores hubiesen, reputándose créditos o deudas distintos e independientes unos de otros, salvo que lo contrario resultase de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso."; mientras el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981*, lo hacía en el artículo 1193: "En las obligaciones divisibles, el crédito o la deuda se presumen divididos en tantas partes iguales como acreedores o deudores hubiesen, reputándose créditos o deudas distintos e independientes unos de otros, salvo que lo contrario resultase de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso."; y, finalmente, el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984*, disponía en el numeral 1141: "En las obligaciones divisibles, el crédito o la deuda se presumen divididos en tantas partes iguales como acreedores o deudores existan, reputándose créditos o deudas distintos e independientes unos de otros, salvo que lo contrario resulte de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso."

– Fuentes y concordancias extranjeras.

Coinciden con el artículo 1173 del Código Civil Peruano, entre otros, los Códigos Civiles Paraguayo de 1987 (artículo 497, primer párrafo), Español (artículo 1138), Portugués de 1967 (artículo 534), Proyecto de Código Civil Brasileño de 1975 (artículo 255) y Argentino (artículos 674 y 691). Sin embargo, este Código utiliza los términos "simplemente mancomunadas" en lugar de "divisibles". Según el Código Civil Argentino, las obligaciones mancomunadas pueden ser simplemente mancomunadas y solidarias.

También coinciden con el Código Civil Peruano, el Cubano de 1988 (artículo 246.1), el de la República Socialista Federativa Soviética de Rusia de 1922 (artículo 116, inciso 2) y el Helénico (artículo 480), cuando establecen los casos de varias personas que deben una prestación divisible o de varias personas que tie-

nen derecho a una prestación divisible; en la duda, el deudor está obligado y cada acreedor tiene derecho a partes iguales.

– Análisis.

El artículo 1173 del Código Civil Peruano contiene una presunción acerca de qué se entiende por obligaciones divisibles.

Es consecuencia natural de las obligaciones divisibles y de las obligaciones mancomunadas, el hecho de que si las partes no han pactado en contrario, se presuma que el crédito y la deuda se encuentran divididos en tantas partes iguales como acreedores y deudores existan.

Para ilustrar lo antes mencionado, vamos a citar un ejemplo.

Se celebra un contrato de mutuo dinerario entre tres acreedores y dos deudores, por la cantidad de 60,000 soles. Si no se hubiese pactado en contrario respecto de cómo se encuentra dividida la deuda o el crédito, se entenderá que cada uno de los deudores debe la mitad del crédito (30,000 soles) y que a cada uno de los acreedores se le debe la tercera parte del crédito. En tal sentido, por tratarse de una obligación divisible y mancomunada, se presumirá **iuris tantum**, que cada deudor debe pagar esos 30,000 soles de manera equitativamente proporcional a cada uno de los acreedores. En este caso, cada deudor deberá pagar esos 30,000 soles a tres acreedores, por lo que corresponderá a cada uno de ellos, respecto a ese deudor, la cantidad de 10,000 soles.

Igualmente, cada uno de los acreedores sólo podrá exigir el cumplimiento de la tercera parte de la deuda (20,000 soles cada uno), y de manera proporcional respecto de cada uno de los deudores. Y como éstos son dos, resultará que cada acreedor sólo podrá exigir a cada deudor el pago de 10,000 soles.

Es de la naturaleza de las obligaciones divisibles y mancomunadas, que cada uno de los créditos o deudas se reputen como independientes entre sí, tal como lo establece la parte final

del artículo 1173 del Código Civil. En tal sentido, cada deudor se libera pagando únicamente lo que le corresponde en virtud de la división. En el ejemplo citado, cada deudor se liberará pagando a cada acreedor 10,000 soles, razón por la cual dicho acreedor no podrá exigirle más allá de la mencionada suma; independientemente de si el referido deudor haya o no pagado su deuda a los otros coacreedores.

Marcadé[1] señala al proceso sucesorio, cuando el causante deje más de un heredero, como el supuesto más frecuente en que nos encontraremos ante una situación donde deba regir similar presunción a la contenida en el artículo 1173 del Código Civil Peruano. No obstante ello, anota Marcadé, no necesariamente aplicaremos en este supuesto una división en fracciones iguales respecto de cada uno de los herederos, vale decir, en tantas partes iguales como herederos haya, sino que más bien esta proporción estará referida a la parte por la cual cada uno de los herederos sucede al causante, supuesto en el cual la proporción puede ser diversa a la señalada en el artículo 1173.

En tal orden de ideas, Marcadé precisa que el principio de la división de las deudas y créditos entre los herederos, puede transformar inmediatamente una deuda considerable en una infinidad de deudas de monto mínimo. Así, cuando se dice que hay entonces un gran número de deudas y de créditos, se emplea la expresión para hacer ver con más claridad el efecto de la división; pero esto no deberá tomarse literalmente, pues, en un lenguaje propio, no habrá varias deudas, sino una sola dividida en varias partes y que puede pagarse fraccionadamente, debido a que corresponde a varias personas, o porque se debe a varias personas. Dentro del mismo razonamiento, podría ocurrir que uno de los coherederos del deudor falleciese y dejara varios coherederos, caso en el cual la deuda seguiría fraccionándose; y así podría continuarse indefinidamente.

Antes de concluir nuestros comentarios referentes al artículo

---

(1) MARCADE, V. Op. cit., Tomo IV, Página 520.

1173 del Código Civil, creemos conveniente analizar algunos supuestos, que si bien resultan de fácil solución, no es ocioso refrescarlos.

Se trata del caso en el cual el acto jurídico que originó la obligación, fuera nulo o se anulase respecto de alguno o algunos de los deudores o acreedores y no respecto de otros. En tal sentido, como cada uno de ellos tiene un crédito independiente con los demás, esta situación no afectará el cumplimiento de la prestación por los deudores cuyos títulos permanezcan válidos, en relación con los acreedores cuyos títulos tengan la misma condición de validez.

Similar solución daríamos al supuesto en el cual se presente la imposibilidad de ejecutar la prestación respecto a algunos deudores y no a otros.

– Jurisprudencia peruana del artículo 1173.

En relación al tema regulado por el artículo 1173 del Código Civil, hemos hallado la siguiente Ejecutoria Suprema:

"La concurrencia de dos o más deudores en una obligación no los convierte en obligados solidarios, sino cuando así conste expresamente del contrato o de una disposición de la ley.

Fallecido uno de los deudores mancomunados son sus herederos quienes asumen la obligación y a quienes debe notificárseles con las providencias respectivas en el juicio que se seguía a aquél." Ejecutoria del 7 de junio de 1974. Revista de Jurisprudencia Peruana, Número 365, 1974, Página 688. (Artículos 1183 del Código Civil de 1936 y 1172 del Código Civil de 1984).

– Concordancias nacionales.

Obligación divisible, efectos, artículo 1172 del Código Civil / Beneficio de la división, artículo 1174 del Código Civil / Cláusula

penal divisible, artículo 1347 del Código Civil / Beneficios de división; fianza, artículos 1886 y 1887 del Código Civil / Renta vitalicia en favor de varias personas, artículo 1931 del Código Civil / Promesa unilateral, artículo 1961 del Código Civil / Aportaciones en Sociedades Irregulares, artículo 388 de La Ley General de Sociedades.

(3) OPOSICION DEL BENEFICIO DE LA DIVISION EN LAS OBLIGACIONES DIVISIBLES Y MANCOMUNADAS.

Artículo 1174.- *"El beneficio de la división no puede ser opuesto por el heredero del deudor encargado de cumplir la prestación, por quien se encuentre en posesión de la cosa debida o por quien adquiere el bien que garantiza la obligación."*

Se aplica a las obligaciones mancomunadas el artículo 1174, en virtud de lo dispuesto por el artículo 1182 del Código Civil.

– Fuentes nacionales del artículo 1174.

El artículo bajo análisis no registra antecedentes en el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836.*

El *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836* trata el tema en sus artículos 814: "La obligación que es susceptible de división, debe ser ejecutada entre el acreedor y el deudor, como si fuese indivisible. La

divisibilidad sólo tiene lugar entre sus herederos, que no pueden pedir la deuda, o no están obligados a pagarla, sino a proporción de las partes que les han cabido, o de las que son responsables, como representantes del acreedor o deudor."; 815: "El principio establecido en el artículo anterior tiene su excepción con respecto a los herederos del deudor: 1. En el caso en que la deuda sea hipotecaria. 2. Cuando es de una especie determinada. 3. Cuando se trata de una deuda alternativa de cosas, a elección del acreedor, siendo una de ellas indivisible. 4. Cuando uno solo de los herederos por el título de tal, es encargado de la ejecución de la obligación. 5. Cuando resulta, sea de la naturaleza de la convención, sea de la cosa que es el objeto de ella, o sea del fin que se han propuesto en el contrato, que la intención de los contratantes ha sido que la deuda no pueda satisfacerse parcialmente."; y 816: "En los tres primeros casos, el heredero que posee la cosa debida, o el fundo hipotecado a la deuda, puede ser demandado por el total, quedándole a salvo sus recursos contra los coherederos. En el cuarto caso, el heredero gravado con la deuda, y en el quinto, cada heredero puede ser igualmente demandado por el total, salvo sus recursos contra los demás."

Por su parte, el *Código Civil de 1852* no registra antecedente alguno sobre el particular; mientras que el *Proyecto de Código Civil de 1890* sí contempló el tema en su artículo 1530: "Si en las obligaciones divisibles hay muchos acreedores originarios o por sucesión, cada uno sólo tiene derecho para exigir la parte que le toca en la obligación contraída a favor de ellos; y el deudor que la cumple toda entera con un solo acreedor, no queda exonerado de responsabilidad respecto de los demás por lo que les corresponde. Si hay muchos deudores también originarios o por sucesión, cada uno de ellos sólo está obligado respecto de cada acreedor en cuanto a la parte que le corresponde en la obligación, y puede repetir por el exceso que llegue a pagar, salvo lo dispuesto en el título De la comunidad y de la partición de bienes hereditarios."

El *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925,* no registra antecedentes sobre el tema; al igual que el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926;* el *Proyecto de*

Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936; y el *Código Civil de 1936.*

Por su parte, la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973,* regula el tema en su artículo 44: "El beneficio de la división no puede ser opuesto por aquel de los herederos del deudor que haya sido encargado de cumplir la prestación o que esté en posesión de la cosa debida, si ésta es cierta y determinada."; en tanto que el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980,* lo hace en su artículo 52: "El beneficio de la división no puede ser opuesto por el heredero del deudor encargado de cumplir la prestación; o por quien se encuentre en posesión de la cosa debida; o por quien adquiera el bien que garantiza la obligación."; el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981*, en el numeral 1194: "El beneficio de la división no puede ser opuesto por el heredero del deudor encargado de cumplir la prestación; o por quien se encuentre en posesión de la cosa debida; o por quien adquiera el bien que garantiza la obligación."; y, finalmente, el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984*, en el artículo 1142: "El beneficio de la división no puede ser opuesto por el heredero del deudor encargado de cumplir la prestación, por quien se encuentre en posesión de la cosa debida o por quien adquiere el bien que garantiza la obligación."

– *Fuentes y concordancias extranjeras.*

Coinciden con el artículo 1174 del Código Civil Peruano, los Códigos Civiles Italiano de 1942 (artículo 1315), Chileno (artículo 1526, inciso 4), Boliviano de 1976 (artículo 430), Ecuatoriano (artículo 1569, inciso 4) y Paraguayo de 1987 (artículo 498, primer párrafo).

El Código Civil de la Provincia de Québec, a su turno, prescribe en su artículo 1122, que la obligación divisible debe ser ejecutada entre el acreedor y el deudor, como si ella fuese indivisible. La divisibilidad no tiene efecto contra los herederos o representantes legales, quienes no pueden exigir la ejecución de

la obligación, ni pueden ser obligados más allá de sus respectivas partes como representan al acreedor o deudor.

– *Análisis.*

El primer supuesto del artículo 1174 del Código Civil Peruano consiste en que exista un deudor de prestación divisible y fallezca. En tal sentido, si dicho deudor dejase herederos, y alguno de ellos hubiese sido encargado por su causante (a través de la vía testamentaria) o por los otros coherederos (de mutuo acuerdo) para que cumpla la obligación contraída por su causante, no podría excusarse de dicho cumplimiento íntegro, aduciendo que existen otros coherederos que podrían efectuar un cumplimiento fraccionado de la prestación.

El segundo supuesto ocurriría en caso que uno de los dos codeudores se encuentre poseyendo el bien. Por ejemplo, que tenga en su poder dos grabados idénticos. En tal eventualidad dicho codeudor no podría oponer el beneficio de la división, y tendría que cumplir con el íntegro de lo que está poseyendo, parte de lo cual posee en nombre propio y parte en nombre de sus codeudores.

En ambos supuestos analizados, si el codeudor no cumpliese con ejecutar la prestación debida, el acreedor impago podría accionar contra los demás codeudores por sus respectivas partes.

El segundo supuesto es comentado por Giorgio Giorgi[1], cuando señala que en el caso de que, luego de acontecida la muerte del deudor, sus herederos hayan procedido a la división, y adjudicado a uno de ellos la posesión de la cosa que forma el objeto de la prestación, el acreedor, como excepción al principio de la divisibilidad, puede requerir al heredero que posee la cosa debida por la totalidad, y este último queda obligado a darla en su totalidad, quedando a salvo la repetición contra los coobligados.

(1) GIORGI, Giorgio. Op. cit., Volumen I, Página 254.

Agrega Giorgi que lo mismo sucedía en el Derecho Romano **aequitatis causa**, cuando la obligación a cargo de varios herederos consistía en restituir un depósito o mandato, o nacía de una estipulación pretoria. Anota que, no obstante la regla enunciada, el acreedor conservaba el derecho a demandar a cada heredero la ejecución de la obligación, según su parte hereditaria.

Giorgi[2] recoge otro ejemplo de indivisibilidad legal del artículo 445 del Código de Procedimientos Civiles Italiano de su tiempo, que prescribía que el actor en el juicio posesorio, en tanto durara aquél, no podía promover el juicio petitorio, salvo que renunciara a los actos y pagara o depositara los gastos. De este modo, precisa Giorgi, si el actor fallecía y dejaba varios herederos, no podía uno de aquéllos pretender la continuación del juicio, pagando sólo su parte; señala que este es el motivo por el cual el legislador quiso que el obligado, antes de ser arrastrado a otro juicio, quede plenamente seguro e indemnizado en el posesorio, efecto que no puede conseguirse sino con el pago total; y aclara que, aunque el pago de las costas de un juicio sea una obligación divisible, pues tiene por objeto una cantidad en dinero, en el citado artículo 445 tomaba el carácter de una obligación que no se podía dividir en la ejecución a los fines establecidos en aquel artículo, según la intención del legislador. Concluye Giorgi diciendo que, con el propósito previsto en el artículo, por ser cierto que si el heredero del actor no quería acudir al juicio petitorio, podía muy bien librarse pagando su parte de los gastos.

El último supuesto del artículo 1174 del Código Civil Peruano consiste en que el bien no sea uno que deba entregarse, sino que fuese dado en garantía del cumplimiento de una obligación principal (en prenda, hipoteca o anticresis). En este caso, si quien entregó dicho bien en garantía del cumplimiento de una obligación (propia o ajena) lo vende -por citar un ejemplo-, quien adquiere su propiedad no podría invocar la divisibilidad en el cumplimiento de la obligación.

(2) GIORGI, Giorgio. Op. cit., Volumen I, Página 255.

Sin embargo, la hipótesis mencionada no resulta coherente y, lo confesamos, podría entenderse como una justificación forzada del tercer caso del artículo 1174. Por ello, somos de opinión que esa parte del precepto está demás.

En nuestro concepto, los supuestos del artículo bajo análisis deben limitarse a prescribir que el beneficio de la división no podrá ser opuesto por el heredero del deudor encargado de cumplir la prestación o que se encuentre en posesión de la cosa debida, si ésta es cierta y determinada. Así lo expresamos luego, al proponer una redacción más adecuada para este numeral.

En palabras de Giorgi[3], caben en general excepciones al principio de divisibilidad de una obligación, si así se estableciese por contrato o por testamento. Señala el autor citado que sobre el testamento nunca se han generado dudas, pero reconoce que lo contrario ha ocurrido al resolver si por contrato sería lícito a las partes descargar el peso de la obligación sobre uno solo de los herederos del promitente. Recuerda Giorgi que, en Derecho Romano, la respuesta no parece dudosa, ni faltan autores, entre los que cita como ejemplo a Delvincourt, que extienden estos principios al Derecho moderno; agrega que los más, siguiendo a Dumoulin y Pothier, se dirigen por contrario camino, recordando a Molitor, Toullier, Colmet de Santerre, Larombiére, Rodiére, Massé y Vergé, Demolombe, Aubry y Rau, Bourgnon de Layre, Laurent, Pacifici-Mazzoni y Ricci. Señala Giorgi que, sin embargo, estas autoridades no llegan a sostener que los contratantes, descargando el peso total de la deuda sobre un heredero, puedan privarle del derecho de repetición; se contentan con decir, siguiendo siempre la doctrina de Dumoulin y Pothier, que los contratantes pueden sólo imponerle la total ejecución de la obligación, salvo su repetición contra los codeudores. Recuerda Giorgi que esto es todo lo contrario de aquello que es lícito al testador, el cual puede, sin duda, echar enteramente sobre un heredero el peso de la obligación, sin repetición contra los demás; como puede adjudicar, sin derecho a repetir de los otros, el beneficio de la obligación a un solo heredero.

---

(3) GIORGI, Giorgio. Op. cit., Volumen I, Páginas 255 y 256.

Por otra parte, precisa Giorgi que sería inútil entretenerse en hablar del modo como se manifiesta la voluntad expresa y la voluntad tácita, sea del testador, sea de los contratantes, de hacer indivisibles las obligaciones; señala que, tratándose de manifestaciones expresas, no se requiere palabras rigurosas, sino que basta cualquier frase que demuestre que el débito o el crédito deben pagarse y exigirse íntegros por un solo deudor o acreedor; añade que de manifestaciones tácitas puede nacer una cuestión de interpretación que debe resolverse por las reglas de la hermenéutica testamentaria o contractual; concluye que de todo esto no se puede racionalmente dudar, porque la regla **concursu partes fiunt**, si es regla de justicia, no tiene además el carácter de una disposición de orden público, y se subordina en la materia testamentaria o contractual a la voluntad del testador, que es en dicha materia la ley suprema, la cual deben obedecer herederos y legatarios, las partes y sus sucesores.

- ***Propuesta de eventual modificación legislativa del artículo 1174.***

Artículo 1174.- "El beneficio de la división no puede ser opuesto por el heredero del deudor encargado de cumplir la prestación o por quien se encuentre en posesión de la cosa debida."

- ***Fundamento.***

Se propone la modificación anotada, debido a que, tal como hemos expresado, el actual tercer supuesto previsto por el texto vigente, carece de sentido.

- ***Concordancias nacionales.***

Obligación divisible (efectos), artículo 1172 del Código Civil / Presunción de divisibilidad del crédito o deuda, artículo 1173 del Código Civil / Derecho del subfiador al beneficio de excusión, artículo 1888 del Código Civil.

Por otra parte, y luego de haber analizado las normas que el Código Civil Peruano prevé para las obligaciones divisibles y mancomunadas, queremos señalar que en todo lo no regulado para dichas obligaciones, deberán regir principios opuestos a los establecidos para las obligaciones indivisibles y solidarias.

Nos explicamos.

Consideramos que las obligaciones divisibles y mancomunadas no presentan mayores complicaciones, para hallar -de manera muy sencilla- solución a los problemas que planteen.

En tal sentido, se advierte que el Código Civil rige con unas pocas normas a las obligaciones divisibles y a las mancomunadas. En cambio, justamente por ser situaciones complejas, otorga una frondosa regulación a las obligaciones indivisibles y a las solidarias.

Advertimos también que prácticamente todas las normas de las obligaciones indivisibles y solidarias son opuestas a los principios que el propio Código establece para las obligaciones divisibles y mancomunadas.

Como hemos señalado, si se tratase de obligaciones divisibles y mancomunadas, a la vez, se aplicarán las reglas de las obligaciones divisibles, ya que en virtud de lo dispuesto por el artículo 1182, el tratamiento para ambas es exactamente el mismo.

Por esta misma razón, si la obligación fuese mancomunada e indivisible, se aplicarían, en todos los casos, las reglas de la indivisibilidad, ya que en la práctica concurrirían en dicha obligación las normas de las obligaciones divisibles (por ser de aplicación a las mancomunadas) y las normas de las obligaciones indivisibles. Ante esta situación, podría decirse que la indivisibilidad destruye a la divisibilidad. Es tal el sustento de la solución que antes hemos planteado.

De otro lado, si estuviésemos ante a una obligación que fuese a la vez divisible y solidaria, tendríamos que resolver el problema con el siguiente razonamiento:

Las obligaciones solidarias tienen normas propias en el Código Civil. Las obligaciones divisibles también las tienen. Las normas de las obligaciones divisibles se aplican por completo a las obligaciones mancomunadas. Esto quiere decir que la ley peruana (el Código Civil) asigna idénticas consecuencias a las obligaciones divisibles y a las mancomunadas. Si estas consecuencias son idénticas, ello significa que es lo mismo -para efectos prácticos solamente- que una obligación sea mancomunada o divisible, ya que los preceptos a aplicar son exactamente los mismos. Entonces, si estamos en presencia de una obligación solidaria y divisible, es como si estuviésemos en presencia del conflicto entre las reglas de las obligaciones mancomunadas y las solidarias. Por tal razón, tendríamos que resolver tal conflicto de la misma manera que antes lo hicimos, esto es, aplicando las reglas de la lógica. Y de acuerdo con principios lógicos elementales, a una obligación de estas características tendríamos que aplicar las normas de las obligaciones solidarias.

Ahora nos corresponde analizar el tratamiento que otorga el Código Civil a las obligaciones indivisibles y solidarias. Para tal efecto utilizaremos similar metodología que la empleda para el estudio de las obligaciones divisibles y mancomunadas.

OBLIGACIONES INDIVISIBLES	OBLIGACIONES SOLIDARIAS

(1) CONCEPTO.

Artículo 1175.- *"La obligación es indivisible cuando no resulta susceptible de cumplimiento parcial por mandato de la ley, por la naturaleza de la prestación o por el modo en que fue considerada al constituirse."*

No hay norma al respecto. Pero podríamos definirla como aquella obligación de sujeto plural, en la cual, por la voluntad o por mandato de la ley, y con prescindencia de la naturaleza divisible o indivisible de su objeto, a cualquiera de los deudores puede serle exigido y cualquiera de los acreedores puede exigir el cumplimiento total de la prestación. El primer caso sería uno de solidaridad pasiva y el segundo, de solidaridad activa.

– ***Fuentes nacionales del artículo 1175.***

El *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836*, no trata sobre este particular.

El *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836* regula el particular en sus artículos 812: "La obligación es indivisible, aunque la cosa o hecho que es el objeto de ella sea divisible por su naturaleza, si la relación bajo la que se considera en la obligación, no la hace susceptible de una ejecución parcial."; y 813: "La mancomunidad estipulada no da a la obligación el carácter de indivisibilidad."

El *Código Civil de 1852* no registra antecedente alguno sobre el tema.

El *Proyecto de Código Civil de 1890* trató sobre el particular en sus numerales 1526: "Toda obligación de no hacer es indivisible, y en consecuencia sólo el deudor o deudores que han hecho lo que debieron omitir, son responsables al acreedor de los perjuicios que le hayan causado, quedando libres de toda responsabilidad los demás codeudores."; 1531: "Si la obligación divisible liga a muchos acreedores con un solo deudor, o a muchos deudores con un solo acreedor, se cumple por partes iguales a beneficio del acreedor en el primer caso, y en el segundo por cada deudor en favor del acreedor, salvo pacto diverso."; 1531: "La obligación que tiene por objeto establecer servidumbre predial, es indivisible."; y 1532: "No puede establecerse obligación indivisible respecto de un objeto que pertenece a muchos, si no consienten todos los condóminos."

Tanto el *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925*, como el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926,* no registran antecedentes sobre el particular.

El *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936,* trató el punto en su artículo 1198: "Se reputarán indivisibles las obligaciones de dar cuerpos ciertos y todas aquellas que no

sean susceptibles de cumplimiento parcial.- Las obligaciones de hacer serán divisibles cuando tengan por objeto la prestación de un número de días de trabajo, la ejecución de obras por unidades métricas, u otras cosas análogas que por su naturaleza sean susceptibles de cumplimiento parcial.- En las obligaciones de no hacer, la divisibilidad o indivisibilidad se decidirá por el carácter de la prestación en cada caso particular."; mientras que el *Código Civil de 1936* lo hizo en su artículo 1208: "Se reputarán indivisibles las obligaciones de dar un cuerpo cierto y todas aquellas que no sean susceptibles de cumplimiento parcial.- Las obligaciones de hacer serán divisibles cuando tengan por objeto la prestación de un número de días de trabajo, la ejecución de obras por unidades métricas, u otras cosas análogas que por su naturaleza sean susceptibles de cumplimiento parcial.- En las obligaciones de no hacer, la divisibilidad o indivisibilidad se decidirá por el carácter de la prestación en cada caso particular."

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973,* trató sobre este tema en su artículo 45, de la siguiente manera: "La obligación es indivisible cuando la prestación tiene por objeto una cosa o un hecho que no sean susceptibles de división por su naturaleza o por el modo en que hayan sido considerados por las partes contratantes."; mientras que el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980,* lo hizo en el numeral 53: "La obligación es indivisible cuando por la naturaleza de la prestación, por mandato de la ley, o por el modo en que fue considerada al constituirse, no es susceptible de división o de cumplimiento parcial."; el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981,* en el artículo 1195: "La obligación es indivisible cuando por la naturaleza de la prestación, por mandato de la ley, o por el modo en que fue considerada al constituirse, no es susceptible de división o de cumplimiento parcial."; y el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984,* en el artículo 1143: "La obligación es indivisible cuando no resulta susceptible de división o de cumplimiento parcial por mandato de la ley, por la naturaleza de la prestación o por el modo en que fue considerada al constituirse."

– *Fuentes y concordancias extranjeras.*

Coinciden con el artículo 1175 del Código Civil Peruano, los Códigos Civiles Panameño (artículo 1038, primer párrafo) y Hondureño de 1906 (artículo 1416, primer párrafo) agregan ambos, en su segundo y tercer párrafos, que las obligaciones de hacer serán divisibles cuando tengan por objeto la prestación de un número de días de trabajo, la ejecución de obras por unidades métricas u otras cosas análogas que por su naturaleza sean susceptibles de cumplimiento parcial. En las obligaciones de no hacer la divisibilidad o indivisibilidad se decidirá por el carácter de la prestación en cada caso particular; Costarricense de 1888 (artículo 662), Proyecto de Código Civil Colombiano (artículo 440), Italiano de 1942 (artículo 1316), Portorriqueño de 1930 (artículo 1104), Boliviano de 1976 (artículo 431), Boliviano de 1831 (artículo 809: la obligación es indivisible, aunque la cosa o hecho que es el objeto de ella, sea divisible por su naturaleza, si la relación bajo la que se considera en la obligación no lo hace susceptible de una ejecución parcial), Anteproyecto Paraguayo de Luis de Gásperi (artículos 993 y 1002), Proyecto de Código Civil Brasileño de 1975 (artículo 256), Paraguayo de 1987 (artículo 499), Español (artículo 1151), Guatemalteco de 1973 (artículos 1376, inciso 3, y 1373), Egipcio (artículo 172) y Proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones y Contratos de 1927 (artículo 158).

Debe mencionarse que los Códigos Civiles Costarricense de 1888 (artículo 662) y de la Provincia de Québec regulan a las obligaciones indivisibles de manera distinta que el nuestro, consignando este último en su artículo 1124 que la obligación es indivisible cuando tiene por objeto una cosa cuya naturaleza no es susceptible de división material o intelectual o cuando el contrato le ha otorgado el carácter de indivisible.

Por otra parte, el Código Civil Argentino establece (artículo 682) que cuando las obligaciones divisibles o indivisibles, tengan por accesorio una prenda o hipoteca, el acreedor no está obligado a devolver la prenda ni a alzar la hipoteca en todo o en parte, mientras el total de la deuda no fuere pagado, salvo el caso de obligaciones divisibles garantizadas con hipoteca, en cuya ejecución los jueces declaren procedente la división del bien hipotecado para la enajenación y la cancelación parcial de la hipoteca.

Este mismo cuerpo legal agrega (artículo 684) que las obligaciones indivisibles no pueden constituirse respecto de un objeto común a muchos, sino con el consentimiento de todos los condóminos.

El propio Código Civil Argentino (artículo 685) añade que toda abstención indivisible hace indivisible la obligación. Sólo el autor de la violación del derecho debe soportar la indemnización que pueda exigir el acreedor, quedando libres de satisfacerla los otros codeudores.

– *Análisis.*

Al igual que en el caso de las obligaciones mancomunadas, el Código Civil Peruano omite definir las obligaciones solidarias, metodología que sí adopta para el caso de las obligaciones indivisibles, a través del artículo 1175. Por tal razón, precisamos fijar el concepto de obligación solidaria, acogiéndolo del Compendio de Derecho de las Obligaciones de Cazeaux y Trigo Represas[1], en el sentido de que es aquella de sujeto plural, en la cual, por voluntad de las partes o de la ley y con prescindencia de la naturaleza divisible o indivisible de su objeto, cualquiera de los acreedores puede exigir y a cualquiera de los deudores puede serle exigido el cumplimiento total de la prestación.

No obstante considerar, en principio, acertada la definición que antecede, la misma resulta incompleta, ya que la expresión "voluntad de las partes", que ella consigna, podría inducir a pensar que la solidaridad no puede establecerse por voluntad unilateral. Esta situación es perfectamente posible, y un ejemplo sería el pago de un legado, solidariamente, por algunos de los herederos de un causante que así lo hubiese dispuesto.

---

(1) CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Tomo I, Página 650.

El Proyecto de Código Civil Peruano de 1890 sí definía las obligaciones solidarias, en su artículo 1541, con el texto siguiente:

Artículo 1541.- "La obligación mancomunada es solidaria, cuando en virtud del título que la constituye, o de disposición de la ley, cualquiera de los acreedores puede exigir de cualquiera de los deudores el cumplimiento íntegro de ella."

Por otra parte, y trasladándonos a las obligaciones indivisibles, en estos casos su cumplimiento debe efectuarse de manera integral, no siendo susceptible de fraccionamiento alguno, tal como ha sido consignado en páginas anteriores.

Según el tratadista paraguayo Luis De Gásperi[2], son obligaciones indivisibles aquellas cuyas prestaciones no pueden ser cumplidas sino por entero. Citando a Lacerda de Almeida señala que la indivisibilidad proviene de la imposibilidad de fraccionar la prestación sin destruirla, de satisfacer la obligación prestando cada obligado su respectiva cuota; agrega lo que ya fue señalado por nosotros en su oportunidad, en el sentido de que no cobra importancia la indivisibilidad sino porque hay concurso de sujetos partícipes o herederos que no pueden liberarse cada uno por sí sólo; ya que si hay un solo deudor, aunque la prestación sea divisible, la obligación debe cumplirse como si fuese indivisible.

Giorgio Giorgi[3] señala que en el texto romano no existe una noción de la indivisibilidad; siendo poquísimas leyes las que se ocupan de distinguir las obligaciones divisibles de las indivisibles, y estas pocas leyes se encuentran en abierta contradicción entre sí; añade que basta decir que la Ley 27, **De verb. obl.** (XLV, 1), llama divisibles a las obligaciones **fundum tradere**, poniéndose directamente en contradicción con otras, en que las obligaciones de consignar cosas corporales son declaradas divisibles: y nada menos que diecisiete habían llegado a ser, en tiempos de Dumoulin, las conciliaciones propuestas.

(2) DE GASPERI, Luis. Op. cit., Tomo II, Página 136.
(3) GIORGI, Giorgio. Op. cit., Volumen I, Páginas 217 y 218.

Agrega Giorgi que entre los antiguos juristas, Baldo eludió enteramente la dificultad de esta materia; pero hubo quienes tuvieron el valor de afrontarla en parte, entre los que menciona a Bartolo, Giasone, Alciato, Zasio, Corrasio y Bellapertica; y abordan el tema de manera completa, Baronio, Ripa, Hoffman y Aulisio, autores de otras tantas teorías, en su mayor parte resumidas y refutadas en el siglo XVI por Dumoulin -de quien trataremos en extenso posteriormente- y Cavallini.

A decir de Giorgi, ninguna de estas teorías conquistó el reino del foro, ni contribuyó eficazmente a disipar las dudas cernidas siempre sobre la teoría de la indivisibilidad; tal vez porque ninguno de los autores citados supiese, en materia de obligaciones, restringirse en aquel campo, en el que hubiese podido ejercitar su estudio con fruto, esto es, dentro de los límites de aquella figura jurídica que implica el concurso de varios partícipes en la misma obligación.

Toda obra de Derecho de Obligaciones, si en algo coincide con cualquier otra de su género, es en hacer referencia a quien trató de resolver por primera vez de manera orgánica el tema de la indivisibilidad y la divisibilidad en las obligaciones. La nuestra no será la excepción. Se trata del famoso Carolus Molinaeus, nombre original de quien es más conocido como Charles Dumoulin.

Dumoulin escribió en el siglo XVI una obra titulada "**Extricatio labyrinthi dividui et individui**" ("*Desenredo del laberinto de lo diviso e indiviso*"), por la cual se le conoce y que le deparó la fama y notoriedad que ostenta hoy. Dumoulin, parisino de nacimiento, vivió entre los años 1500 y 1566; fue, junto a Michel de Montaigne, François Rabelais, Pierre de Ronsard, Joaquín Du Bellay, Jacobo Cujas (Cujacius), Dionisio Godefroy y Ambroise Paré, uno de los personajes que iluminó la cultura francesa de dicho siglo. Dumoulin es considerado como el primer intérprete del Derecho Francés, siendo llamado en su época "El Príncipe de los Jurisconsultos". Enemigo del feudalismo, contribuyó a la unidad del Derecho Civil Francés. Estuvo vinculado a los conflictos religiosos de su tiempo, habiendo abrazado el Calvinismo y publica-

do violentos escritos contra Roma ("*Dictamen sobre el hecho del Concilio de Trento*"); fue perseguido y debió abandonar Francia, dedicándose a la enseñanza del Derecho en las ciudades germánicas. Sus obras más importantes son: "**Commentariorum in consuetudines parisienses**" o *"Comentarios sobre las costumbres parisinas*" (París, 1539 y luego Francfort, 1575), "**Sommaire du libre analytique des contrats, usures, rentes constituées, intérets et monnaies**" o "*Sumario del libro análitico de los contratos, usuras, rentas constituidas, intereses y monedas*" (París, 1547) y "**Extricatio labyrinthi dividui et individui**". Se publicaron ediciones completas de sus obras, en los lugares y fechas que se indican a continuación: París, 1612 (4 volúmenes); París, 1657 (4 volúmenes); y París, 1681 (5 volúmenes). En esta última edición, el **Extricatio** se halla en el Tomo II, Página 89. Sus trabajos fueron en un tiempo publicados en Italia bajo el nombre de Gaspas Caballinus, para eludir la censura eclesiástica que había incluido sus obras en el **Index Romano**. Precisa Eduardo B. Busso[4], que la bibliografía especializada sobre este autor está constituida por la obra de Aubepin, titulada "**De l'influence de Dumoulin sur la legislation française**"; y por la obra de Viollet, titulada "**Histoire du Droit Français**."

Las obras escritas por Dumoulin le han dado el privilegio de ser considerado como aquél que dio el primer paso importante hacia la posterior unificación del Derecho Francés, recién conseguida con el Código Napoléon en 1803 y 1804, tras los posteriores trabajos de otros dos grandes jurisconsultos pre-napoleónicos, que fueron Domat y Pothier[5].

Entender la obra de Dumoulin no es nada fácil. Ya el título mismo de la obra de Dumoulin, a criterio de Demolombe[6], no era

(4) BUSSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo IV, Página 528.
(5) Sobre Dumoulin, puede consultarse la Enciclopedia Espasa, Tomo XVIII, Segunda Parte, Página 2469 -citada por Eduardo B. Busso- y el Tomo I de Indices Generales de la Enciclopedia Barsa, Página 171, Segunda Columna, además del Tomo VIII, Página 224, Segunda Columna.
(6) DEMOLOMBE, C. Op. cit., Tomo XXVI, Página 438.

nada alentador, menos aún el exordio o principio de la misma, que decía lo siguiente: "**Non fuit nec adhuc est, in universo juris oceano, turbulentior, profundior et periculosior pelagus hoc dividuorum et individuorum tractatus**" ("No hubo ni hay en la universalidad del océano del Derecho, aguas más turbulentas, profundas y peligrosas que la inmensidad de lo divisible e indivisible"). Toullier, jurista francés de época posterior a Dumoulin, llega a expresar el deseo de que la doctrina de Dumoulin, a la que él llama recóndita, sea rechazada en las leyes. El rechazo de Toullier demostraba -sin duda- temor a lo desconocido.

Demolombe[7] sostiene que el tema de la divisibilidad y de la indivisibilidad para muchos autores resulta temible, pudiéndose hablar incluso de los que él denomina "temores universales". Muy pocos comprendieron a Dumoulin, de quien se puede decir que su fama es tan grande como el respeto que suscitaron sus ideas. Demolombe decía de la obra fundamental de Dumoulin, que no sabía qué era lo que se debía admirar más, si su vasta erudición y la penetrante sagacidad de su lógica, o la prodigiosa paciencia que le faltó para culminarla, y que no tiene igual; se atreve a decir que admira más la paciencia de Dumoulin para escribir el libro que la del propio Demolombe, para leerlo. A entender suyo, Dumoulin exageró la especie de destierro que aporta en sus deducciones, con las innumerables citas de su Tratado, y buscando conciliar los textos romanos que parecen contradecirse entre sí. Demolombe cree, excusando su irreverencia, que la dificultad del tema se debe a la propia obra de Dumoulin, al crear un laberinto en el que es muy difícil reconocerse, a pesar de las diez claves y tres hilos que indica al lector para guiarlo en sus infinitos recovecos (... **et tria veluti thesaei fila**)[8].

(7) DEMOLOMBE, C. Op. cit., Tomo XXVI, Páginas 438 y siguientes.
(8) En la leyenda ateniense, Teseo es el hijo de Egeo, rey de Atenas. Su madre fue Etra, hija del rey de Trezene. Antes que naciera, su padre escondió una espada y unas sandalias bajo una enorme piedra, y le dijo a Etra que si daba a luz un hijo capaz de levantar la piedra y hacerse de los regalos, lo mandaría secretamente a Atenas.

Para entender a Dumoulin, hemos recurrido a aquellos autores más autorizados sobre la materia. Naturalmente, nos referiremos en primer lugar a Pothier (1699-1772, natural de Orléans), el más renombrado de los juristas franceses, quien fue el más ilustre cultivador del Derecho Romano en su país durante el siglo XVIII, cuyas numerosas obras sobre el Derecho Civil facilitaron la labor de los redactores del Código Napoléon. Pothier no hizo -a este respecto- sino reproducir la teoría de Dumoulin, resumiéndola, en tanto que los redactores del Código Napoléon se limitaron a tomar las disposiciones que Pothier formuló sobre esta materia; lo que equivale a decir que el Código Francés recogió legislativamente los planteamientos de Dumoulin sobre el tema. En ese sentido, Demolombe[9] recuerda que Toullier hizo una observación muy pertinente: "se puede dudar, que un hombre que no conozca ni el tratado de Pothier, ni el de Dumoulin, pueda llegar a entender los artículos del Código sobre las obligaciones divisibles o

---

Cuando Teseo creció pudo levantar la roca fácilmente, y con la espada y sandalias se encaminó hacia Atenas. Poco después de encontrarse en dicha ciudad, Medea, que se había desposado con Egeo, se dio cuenta del origen de Teseo y trató de envenenarlo. Al desenvainar Teseo su espada, Egeo lo reconoció y lo proclamó como su hijo y sucesor.

Anualmente Atenas pagaba un tributo de siete jóvenes y siete doncellas al rey Minos, de Creta, que se entregaban al Minotauro, monstruo mitad toro mitad hombre que vivía en el laberinto -un edificio de torcidos corredores y desordenados pasillos-. Teseo ofreció embarcarse con las víctimas y exterminar al Minotauro. El barco zarpó en la forma acostumbrada, con velamen negro, que Teseo prometió cambiar por blanco si salía victorioso.

Al ver a Teseo, la hija de Minos, Ariadna, se enamoró de él. Le regaló una madeja de hilo que debería emplear para escapar del laberinto. Teseo dio muerte al monstruo y logró regresar por los sinuosos pasillos siguiendo el hilo. Se dirigió hacia Atenas, pero olvidó arriar las velas y cambiarlas por blancas. Egeo, creyendo que su hijo había muerto, se arrojó al mar, que luego se llamó Mar Egeo (ENCICLOPEDIA BARSA, Voz Teseo, Tomo XIV, Página 177b y 178a).

Dumoulin, al comienzo de su famosa obra, comparaba expresamente los hilos a los que hacía mención para el desenredo del laberinto de lo diviso e indiviso, con aquellos que Ariadna facilitó a Teseo para escapar del laberinto donde se encontraba el monstruo.

(9) DEMOLOMBE, C. Op. cit., Tomo XXVI, Página 441.

indivisibles; por lo menos, no se teme afirmar que llegará a entenderlos sólo con mucho esfuerzo y trabajo, pues ya se requiere mucho para tal efecto, aun con la ayuda de Pothier y de Dumoulin"; agrega Toullier que la explicación que él brinda sobre este tema en los artículos del Código Francés sólo será, en muchos puntos, la reproducción de la antigua doctrina; añade que los ejemplos citados para dilucidar esta materia tan abstracta, en su mayoría los tomará de "estos grandes maestros, que -en efecto- escogieron excelentes ejemplos..."; lo que prueba, a decir de Demolombe, que ni el mismo Toullier entendía sobre lo que estaba escribiendo.

François Laurent[10] trata de explicar por qué Dumoulin decía en su famosa monografía que consideraba a la materia de las obligaciones indivisibles como a un laberinto en el que se debía buscar la clave. A entender de Laurent, en el Digesto hay textos confusos o contradictorios que Dumoulin trata de conciliar para deducir de esto algunas normas, creyendo haber tenido éxito en su empresa, lo que, a entender de Duranton, demuestra que su confianza era excesiva. Laurent considera que en muchos casos no resultaba indispensable consultar para estos efectos a los textos romanos, habiendo preferido que Dumoulin hubiese consultado su profunda lógica, en lugar de haber entrado en tantas complicaciones. Para Laurent, toda la labor de Dumoulin fue inútil, empezando por el hecho de que la teoría que él creía era la de los jurisconsultos romanos, no era la teoría romana. El problema continuó al haber tomado Pothier a la letra las explicaciones, los razonamientos y las conclusiones de Dumoulin, sin haber ni siquiera investigado las pretendidas normas tomadas del Derecho Romano. El problema se agudizó cuando los autores del Código Civil Francés hicieron lo mismo, limitándose a presentar en artículos las enseñanzas de Pothier; por lo que Toullier llega a afirmar que la teoría de Dumoulin, reproducida por el legislador francés, es abstrusa e ininteligible.

Para Baudry-Lacantinerie[11], de todas las materias jurídicas,

---

(10) LAURENT, François. Op. cit., Tomo XVII, Páginas 367 y siguientes.
(11) BAUDRY-LACANTINERIE, G. Op. cit., Tomo II, Página 134.

la de la divisibilidad y de la indivisibilidad pasó siempre, sin razón, como una de las más difíciles y más oscuras. Tal fue la idea de Dumoulin, en cuyo laberinto -a entender de Baudry-Lacantinerie-, el lector se perdía con facilidad. Así, doscientos años mas tarde, Pothier llegó a hacer un poco más accesible esta materia, resumiendo en algunas páginas el voluminoso tratado de Dumoulin, que llegó, por ese medio, al Código Napoléon.

La interpretación, criticada posteriormente por muchos, que Pothier hizo del "*Desenredo del laberinto de lo diviso e indiviso*", de Dumoulin, fue la que pasamos a explicar a continuación. Pothier[12] consideró que la indivisibilidad absoluta, que Dumoulin llama **individuum contractu**, ocurre cuando una cosa, por su naturaleza, no es susceptible de partirse, de un modo tal, que no podría ser estipulada o prometida por partes; tales son los derechos de servidumbres reales, como por ejemplo, un derecho de paso; agrega que es imposible concebir partes en un derecho de paso, y, por consiguiente, no se podría estipular ni prometer tales cosas en parte. Recuerda Pothier que la segunda indivisibilidad es la que Dumoulin llama **individuum obligatione**, de ahí que todo lo que es **individuum contractu** lo es **obligatione**: mas hay ciertas cosas que, aunque hubiesen podido ser en absoluto estipuladas o prometidas en parte, y por consiguiente, aunque no sean **individuum contractu**, sin embargo, en la manera, en el modo como han sido consideradas por las partes contratantes, tienen algún aspecto o rasgo de indivisibles, que hace que no puedan ser debidas por partes.

Cita Pothier como ejemplo de esta indivisibilidad, la obligación de la construcción de una casa o de un barco, no siendo esta obligación indivisible **contractu**, pues no es posible que se contrate en parte; añade que se puede convenir con un albañil en que levantará en parte la casa que deseo hacer construir, precisándole que no elevará los muros más que hasta el primer techo. Agrega Pothier que antes que la construcción de una casa sea indivisible **contractu**, es usualmente indivisible **obligatione**, pues

(12) POTHIER, Robert Joseph. Op. cit., Páginas 259 y 260.

cuando alguien hace un contrato con un arquitecto para que le construya una casa, la construcción de la casa, que constituye el objeto de la obligación, es, por la manera como se ha considerado por las partes contratantes, algo indivisible. Según Pothier, en esta construcción, el objeto de la obligación es la obra misma concluida; no puede, pues, haber casa sin que esté enteramente construida, ya que la forma y la cualidad de la casa no pueden resultar sino de la construcción de la obra, y no puede haber partes de una cosa que todavía no existe; de donde Pothier sigue que la obligación de construir una casa no puede cumplirse sino construyendo la casa entera, por lo que considera que esta obligación no es susceptible de cumplirse por partes, tal como lo sostiene Dumoulin.

A entender de Marcadé[13], Dumoulin y Pothier eran demasiado complejos en varios pasajes de sus obras, y aunque frecuentemente su complejidad se haya referido a la naturaleza misma del sujeto, también proviene a veces de sutilezas e incluso de contradicciones -al menos aparentes-, relativas menos a la naturaleza del sujeto que a la multiplicidad de detalles inútiles o de ejemplos escogidos erróneamente, que ellos mismos presentaron. Agrega Marcadé que, dado este hecho, los intérpretes del Código Napoléon habrían debido hacer una abstracción de las ideas del trabajo de Dumoulin, para captar mejor y precisar con más claridad las ideas de sus explicaciones, las mismas que dan una perfecta comprensión del articulado que al respecto tiene el Código Civil Francés.

Se lamenta Marcadé de que los intérpretes del Código Francés hayan hecho todo lo contrario, ya que desalentados por las dificultades que presentaron Dumoulin y Pothier, y tomando literalmente una redacción poco exacta en algunas partes, para el texto del Código, llegaron a descubrir que eran ininteligibles no sólo algunos detalles de las obras de los autores mencionados, sino también las normas fundamentales de la materia; lo que llevó a Toullier a declarar honestamente que no pudo hacerse una idea

(13) MARCADE, V. Op. cit., Tomo IV, Páginas 513 y siguientes.

clara de las obligaciones indivisibles y de su naturaleza. Precisa Marcadé que, sin confesarlo, Duranton está exactamente en el mismo caso, y aunque se expresa como si comprendiese muy bien los artículos del Código Civil Francés, presenta igualmente como ingresando una en la otra, las dos clases de obligaciones a las que hemos hecho referencia. En opinión de Marcadé, partiendo el Código Civil por efecto de la interpretación inexacta de sus exégetas, la dificultad de la materia se acentuó aún más de lo que era anteriormente. Por ello, Marcadé abrigaba la esperanza de que, suprimiendo los detalles inútiles a los que aludimos anteriormente, se lograra la comprensión del tema.

Según Marcadé, Dumoulin y Pothier distinguen tres especies de indivisibilidad, no obstante lo cual no distinguen tres clases de obligaciones indivisibles, sino sólo dos, considerando que la tercera especie de indivisibilidad implica sólo el modo de ejecutar, y no impide que la obligación permanezca como divisible. La primera indivisibilidad se produce cuando el objeto de la obligación no es susceptible de ninguna especie de división, ni material, ni intelectual; en tanto la segunda se presenta cuando este objeto, aunque divisible en sí mismo, al menos intelectualmente, se encuentra indivisible desde el punto de vista en el que lo consideraron las partes contratantes; queda en último lugar, la indivisibilidad **solutione tantum**, que se produce cuando los deudores no pueden pagar parcialmente con el objeto, aunque quede completamente divisible y se divida efectivamente entre los acreedores, si hubiese varios. Precisa Marcadé que Dumoulin y Pothier llaman a la primera indivisibilidad "**individum contractu**" y algunas veces "**natura**", y califican a la segunda de "**individum obligatione**". En opinión de Marcadé, el término "**contractu**" no es acertado para el primer caso, puesto que no es el comercio, sino la naturaleza misma del objeto, que hace que éste y por consiguiente la obligación, sean indivisibles, y que por otro lado los términos "**contractu indivisible**" no presentan una idea muy distinta de los términos "**obligatione indivisible**". Opina Marcadé que, por un lado, esta segunda expresión parece en sí poco común, pues, se pregunta ¿Cómo podría entenderse una obligación indivisible por la obligación misma?; considerando que sería más satisfactorio, más lógico y más certero, suprimir el término "**contractu**" en la primera

indivisibilidad, en la que se hace doble el término "**natura**", y sustituirlo en la segunda indivisibilidad por el término "**obligatione**", que desaparecería por completo. Así, Marcadé señala que se tendrían los siguientes tres tipos de indivisibilidad: la "**individum natura**", que es la indivisibilidad de la obligación resultante de la naturaleza real del objeto. La segunda clase de indivisibilidad es la "**individum contractu**", indivisibilidad de la obligación que resulta de la voluntad de las partes, es decir, de la naturaleza convencional que se dio al objeto. Por último, tendríamos la tercera clase de indivisibilidad, la "**individum solutione tantum**", indivisibilidad que sólo implica la ejecución de la obligación y que deja al objeto y a la obligación su naturaleza divisible.

Lo que hace Marcadé es suprimir las sutilezas y detalles que él considera inútiles, al igual que los ejemplos muchas veces mal escogidos. Señala Marcadé que resulta fácil observar en diversos autores extensas discusiones sobre el tema de saber si tal o cual obligación particular es indivisible por su propia naturaleza, o si sólo es indivisible por el contrato. Agrega Marcadé que con frecuencia esta cuestión (que implica la de saber si tal objeto es o no divisible, intelectual o jurídicamente) es un punto de la metafísica, de lo más sutil, tanto así que se resolverá en tal o cual sentido, según el modo de cada uno de enfocar las cosas; siendo inútil examinar el tema desde esta perspectiva, puesto que las dos clases de obligaciones indivisibles producen los mismos efectos.

En cuanto a saber si tal o cual obligación es indivisible "**contractu**" o si por el contrario sólo presenta una simple indivisibilidad de pago, este tema sí ofrece interés y utilidad, dado que los efectos serán diferentes en uno u otro caso. Considera Marcadé que en tal sentido será necesario examinar cada una de las hipótesis multiplicadas que puedan presentarse, o, por el contrario, con la exposición clara de los principios de la materia, dejar a los jueces del caso, para cada asunto en particular, investigando las circunstancias y analizando si la intención de las partes fue simplemente excluir un pago parcial, o si verdaderamente han considerado al objeto como indivisible. Marcadé sostiene que suponiendo que fuese el primer sistema de gran utilidad, resultaría

impracticable, pues su aplicación necesitaría un tratado especial de cuarenta volúmenes.

De lo señalado anteriormente, Marcadé entiende que es siempre en el objeto de la obligación donde se debe investigar si existe o no una de las tres especies de indivisibilidad. Así, la obligación es indivisible cuando su objeto lo es de por sí (**natura**), o cuando las partes consideraron al objeto como tal (**obligatione** o **mejor contractu**), y finalmente hay indivisibilidad, no sólo del objeto, ni de la misma obligación, sino del cumplimiento de la misma, exclusivamente. De este modo, Marcadé concluye en que hay dos clases de obligaciones indivisibles, y una clase de obligaciones que, aunque divisibles, los deudores sólo pueden cumplirla indivisiblemente.

A entender de Baudry-Lacantinerie[14], para saber si una obligación es divisible o indivisible, hay que referirse a su objeto, pues la obligación es divisible, siempre y cuando no se oponga ninguna imposibilidad a que se pueda dividir su objeto, sea material o intelectualmente.

Para Baudry-Lacantinerie, la división material es una división real, física, que separa la cosa en varias partes distintas unas de otras, como se divide el vino contenido en un tonel poniéndolo en trescientas botellas; se divide una pradera en varias porciones cuya separación está marcada por los límites. En tal orden de ideas, considera que la división intelectual es la que se efectúa por una simple operación del pensamiento, no aplicándose solamente en las cosas susceptibles de división material; así, un molino no es divisible materialmente, pues todas las partes del molino no pueden funcionar unas sin las otras; sin embargo, es divisible intelectualmente, ya que a entender de Baudry-Lacantinerie, puede pertenecer a uno por un tercio y al otro por los dos tercios; los dos copropietarios pueden tener el derecho de servirse de éste alternativamente, el primero durante un día, el segundo durante dos días.

---

(14) BAUDRY-LACANTINERIE, G. Op. cit., Tomo II, Páginas 134 y siguientes.

Baudry-Lacantinerie señala que Pothier, siguiendo a Dumoulin, distingue tres especies de indivisibilidad: la indivisibilidad absoluta, la indivisibilidad de obligación y la indivisibilidad de pago. Así, recuerda que Pothier llama indivisibilidad absoluta a la que Dumoulin designa con el nombre de **individuum contractu** y que probablemente se le podría denominar mejor como **individuum natura**, resultando esta indivisibilidad de la naturaleza misma de la obligación, sin importar en este aspecto la voluntad de las partes y siendo la obligación de tal naturaleza que el pensamiento no concebiría la posibilidad de una división en el cumplimiento de la prestación que tiene por objeto. Baudry-Lacantinerie cita como ejemplo: si usted se comprometió a establecer sobre su fundo una servidumbre de paso a mi favor, la obligación por la cual está comprometido conmigo es de indivisibilidad **natura** o **contractu**. Anota Baudry-Lacantinerie que lo mismo ocurre con la obligación de hacer o de no hacer un viaje determinado. Así, se realiza el viaje o no se realiza el viaje; y si sólo se hace una parte del viaje, no se cumple del todo con la obligación.

Opina Baudry-Lacantinerie que es a esta primera especie de indivisibilidad a la que hace alusión el artículo 1217 del Código Napoléon, cuando dice: "La obligación es divisible o indivisible según que tenga por objeto, o una cosa que en su entrega, o un hecho que en su ejecución, sea o no sea susceptible de división, bien material, bien intelectual." A entender de Baudry-Lacantinerie, sin embargo, tomándola literalmente, esta definición concuerda con la indivisibilidad **natura** o **contractu**; razón por la cual habría faltado sustituir, en lugar de las palabras: "una cosa que en su entrega o un hecho que en su ejecución", las siguientes: "una cosa o un hecho que por su naturaleza."

Recuerda Baudry-Lacantinerie que en la terminología de Dumoulin, la indivisibilidad de obligación, **individuum obligatione**, es la que resulta de la voluntad de las partes, tratándose de una indivisibilidad convencional. En esta indivisibilidad, a entender de Baudry-Lacantinerie, el objeto de la obligación y, por consiguiente, la obligación misma, son divisibles por su naturaleza; sin embargo, las partes quisieron que la obligación fuese

indivisible. Así, la obligación de entregar un terreno de cierta extensión es, en sí, perfectamente divisible, pero no obstante ello, la voluntad de los contratantes, expresa o tácita, puede hacerla indivisible. El autor citado menciona como ejemplo, si usted me vendió un cierto número de metros de tierra, y en el contrato se especifica que este terreno está destinado a la construcción de una fábrica que debe tener una superficie igual a la del terreno vendido, ello demostraría que hemos considerado la prestación del terreno vendido como si no fuese susceptible de división, y por lo tanto, a la obligación misma como indivisible; agrega el más famoso de los exégetas del Código Napoléon, que ésta es una cuestión de intención que el juez del asunto dilucidará soberanamente. Baudry-Lacantinerie señala que el artículo 1218 del Código Civil Francés se refiere a la indivisibilidad de la obligación: "La obligación es indivisible, aunque la cosa o el hecho que constituyan su objeto sea divisible por naturaleza, si la relación en que se considera la obligación no la torna susceptible de cumplimiento parcial". Sin embargo -anota el mencionado autor-, la parte final de este texto parece confundir la indivisibilidad de obligación con la indivisibilidad de pago, por lo que se debería haber sustituido las palabras "susceptible de división" por las palabras "susceptible de ejecución parcial".

Comenta Baudry-Lacantinerie que la indivisibilidad de pago, a la que Dumoulin llamaba **individuum solutione tantum**, afecta sólo a la ejecución de la obligación y no a la obligación en sí. Así, si el objeto de la obligación es divisible, la obligación misma permanece divisible; solamente resulta "o de la naturaleza del compromiso, o de la cosa de la que hace su objeto, o del fin que se propone en el contrato, si la intención de los contratantes era que no se pudiera pagar parcialmente la deuda"; precisa que éstos son los términos del artículo 1221-5. Nos dice el antiguo Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Burdeos, que de este modo, un condenado que sufre la coacción física por una deuda que proviene de un delito, estipula la cantidad necesaria para pagar a su acreedor y obtener así su libertad; ejemplo en el cual la prestación de solamente una parte de la cantidad prometida, no tendría utilidad para el estipulante, pues él necesita la cantidad total para alcanzar la meta que se propone; razón por la

cual, se puede decir, sin temor a confusiones, que hay indivisibilidad de pago; y así, si el deudor muere dejando a varios herederos, se puede forzar a uno solo -si así se desea- a pagar el total.

En opinión de Giorgio Giorgi[15], la primera especie de indivisibilidad indicada por Dumoulin no es concebible en materia de obligaciones; y el haberla enumerado depende del ya anotado error de confundir el objeto inmediato de la obligación, es decir, la prestación, con el objeto de la prestación misma: el acto de constituir o transmitir una servidumbre con la servidumbre que se constituye o transmite.

A entender de Giorgi, las solas especies posibles de indivisibilidad son las que llama Dumoulin **obligatione** y **solutione**; precisando que la primera es casi la misma que él conocía y proponía como verdadera indivibisibilidad del objeto; anota, además, que Dumoulin las restringe, con error, a las obligaciones contractuales, cuando verdaderamente se extienden a todas las obligaciones. Precisa Giorgi que la segunda es una indivisibilidad imperfecta, porque afecta sólo a la parte del deudor: sus herederos no pueden pagar por partes, pero el acreedor no puede pedir la totalidad a uno solo de los coherederos, pues es preciso que se la reclame a todos o se contente con reclamar separadamente su parte a cada uno, razón por la cual, el mismo Dumoulin las llamó **incongruitas solutionis**, antes que indivisibilidad.

Anota Giorgi que, no obstante los defectos apuntados, la teoría de Dumoulin fue en gran parte aceptada por Pothier, y bajo la autoridad del gran jurisconsulto de Orléans, encontró acogida en el Código Napoléon, en cuyo artículo 1217 los compiladores de aquel Código se preocuparon de la indivisibilidad absoluta, es decir, aquella que Dumoulin llamaba **indivisibilita contractu**; y cayeron así en la inexactitud de presuponer una indivisibilidad que resulta inaplicable a la materia de las obligaciones, y de confundir

(15) GIORGI, Giorgio. Op. cit., Volumen I, Páginas 219 y 220.

el objeto mediato de la obligación, o sea la cosa, con el objeto inmediato de la obligación misma, es decir, con la prestación; añadiendo el ya observado error de igualar la indivisibilidad intelectual de la cosa debida, con la divisibilidad efectiva y real de los actos de constitución o transmisión de la cosa misma. Recuerda Giorgi que los legisladores franceses, en el artículo 1218 del Código Napoléon, tuvieron sólo en cuenta la indivisibilidad **obligatione**, que es verdadera indivisibilidad del objeto y una de las varias formas con las que dicha indivisibilidad puede manifestarse en las obligaciones; razón por la cual, en vez de pasar a definir la otra manera de indivisibilidad del objeto, pensaron formular la regla de la divisibilidad y tratar también de sus excepciones.

Por último, señala Giorgi que siete fueron las excepciones a la divisibilidad verdaderamente enumeradas por los compiladores del Código Francés en el artículo 1221, si bien algunas figuran reunidas en el mismo párrafo; agrega que la primera y la tercera no podían llamarse tales, porque la una se refería a la acción hipotecaria, en todo diferente a la personal por el crédito, que nace de la obligación, y la otra a la hipótesis de una obligación alternativa, en la que una de las partes fuese verdaderamente indivisible; mientras que las restantes tendían en sustancia a consagrar la **incongruitas solutionis** de Dumoulin respecto a varios herederos de un solo deudor; precisa Giorgi que no obstante lo señalado, los legisladores franceses cambiaron radicalmente el concepto, en cuanto atribuyeron al acreedor el derecho de reclamar la totalidad a cada uno de los herederos del deudor, con lo que, las excepciones a la divisibilidad, no fueron ya **solutione tantum**, sino **solutione et petitione**.

Marcel Planiol y Georges Ripert[16], interpretando a Dumoulin, distinguen dos clases naturales de indivisibilidad, según el objeto debido sea indivisible de modo absoluto o relativo. En relación a la indivisibilidad absoluta, la encuentran cuando el objeto de la obligación es indivisible, sea cual fuere el aspecto en que se le

(16) PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Op. cit., Tomo VII, Las Obligaciones, Segunda Parte, Páginas 413 a 416.

considere, de suerte que no puede ser debido sin que la obligación sea indivisible. Refiriéndose a la indivisibilidad relativa, los autores citados expresan que se presenta cuando la cosa, considerada en su forma natural, es indivisible, aun cuando pueda concebirse su ejecución sucesiva y por fracciones.

Adicionalmente, Planiol y Ripert tratan de la indivisibilidad convencional, señalando que ésta se da cuando la cosa que constituye el objeto de la obligación es divisible en todo sentido, pero aun así las partes han querido que se cumpliera como si fuera indivisible. En opinión de los citados tratadistas, la indivisibilidad llamada "convencional", "accidental", "**solutione tantum**" o "de pago", no debiera existir, pues consideran que su finalidad es completar los efectos insuficientes de la solidaridad, ya que, con la indivisibilidad se impide la división de la deuda entre los herederos del deudor primitivo. Añaden Planiol y Ripert, que si la solidaridad incluyera este efecto, la indivisibilidad convencional carecería de toda justificación.

Por nuestra parte, podríamos citar múltiples ejemplos de obligaciones indivisibles. Respecto de las obligaciones de dar, podría ser el caso de un deudor obligado frente a dos acreedores a entregarles un vehículo; respecto de las obligaciones de hacer, podríamos señalar aquella en que los integrantes del Ballet Nacional se obligasen ante una determinada institución benéfica a efectuar una presentación. Aquí también será evidente que todos los integrantes tendrían que ejecutar su prestación de manera indivisible. No se concibe lo contrario. Un ejemplo respecto de las obligaciones de no hacer sería aquel del deudor que asume el deber, respecto de toda una familia, de no asistir acompañado de alguien a una determinada reunión; otro ejemplo respecto de estas obligaciones, sería aquel del deudor que se obliga frente a dos acreedores a guardarles un secreto mutuo, o aquel de la persona que se compromete a no comprar un cuadro que dos amigos suyos desean adquirir.

Queremos, en este punto, hacer una mención expresa a las fuentes de la indivisibilidad de las obligaciones en el Perú. El artículo 1175 del Código Civil menciona como causas para que una

obligación sea indivisible, cuando no resulta susceptible de división o de cumplimiento parcial por mandato de la ley, por la naturaleza de la prestación o por el modo en que fue considerada. El Doctor José León Barandiarán[17] sostenía que:

"La divisibilidad o indivisibilidad de la obligación debe determinarse **seu natura**. Resume Bevilaqua sobre el particular, que son divisibles: las obligaciones de dar, 1) cuando el objeto de la prestación es una suma de dinero u otra cantidad; 2) cuando comprende a un número de cosas indeterminadas de la misma especie, igual al número de los acreedores o de los codeudores, submúltiplo de ese número, como si la prestación es de dar 10 caballos a 10 o a 5 personas. Las obligaciones de hacer son divisibles si las prestaciones fueran determinadas por cantidad o duración de trabajo. Las de no hacer son divisibles cuando el acto cuya abstención se prometió puede ser ejecutado por partes. Son indivisibles: Las obligaciones de dar cosas ciertas no fungibles; las de hacer, cuyas prestaciones no tuvieran por objeto hechos fijados según cantidad o duración de tiempo; y las de no hacer, cuando el acto cuya abstención se prometió no puede ser ejecutado por partes.

Como enseñan Dernburg y Windscheid, dando un concepto general sobre el asunto, una prestación debe considerarse como divisible en sentido jurídico, cuando ella, sin afectación de su valor, puede ser fraccionada en partes que respectivamente representen al mismo.

El artículo 1208 (se refiere León Barandiarán al Código Civil de 1936) señala como constitutiva de obligación indivisible, la consistente en dar un cuerpo cierto, como cualquiera que por su naturaleza no sea susceptible de cumplimiento parcial. Pothier llamaba indivisibilidad absoluta a esta que concierne a una prestación que no se concibe que pueda cumplirse de otro modo que no sea en forma integral. Es el caso de dar un cuerpo cierto, que indica la ley. Así también, por ejemplo, es indivisible, por necesidad

(17) LEON BARANDIARAN, José. Op. cit., Tomo II, Páginas 116 y 117.

natural, la obligación dirigida a la constitución de una servidumbre predial."

Hasta aquí las palabras del Doctor León Barandiarán.

Como enseña el Doctor Rosendo Badani Chávez[18]: "La materia de la indivisibilidad de las obligaciones ha sido siempre considerada confusa, admitiéndose diversas formas de indivisibilidad, pero no hay efectivamente más de una sola especie de indivisibilidad, o sea aquella que impide al deudor ejecutar por partes la obligación prometida; lo que existe son diversas causas que producen la indivisibilidad y que provienen de la naturaleza de la prestación o del propósito tenido en mira por los que han constituido la obligación, o de la ley. Así, proporcionar un auto para la realización de un viaje, es una obligación que deriva indivisible de la naturaleza de la prestación; la prestación de diez hectáreas de terreno para la fundación de un hospicio que un testador pusiera a cargo de varios herederos, proviene indivisible del fin asignado a esta prestación por la voluntad del testador, y la servidumbre establecida sobre un predio es una obligación indivisible por disposición de la ley."

Ahora bien, analicemos los supuestos de indivisibilidad contemplados por el Código Civil Peruano de 1984:

(a) Cuando no resulta susceptible de división o de cumplimiento parcial por mandato de la ley.

La primera causa o fuente de indivisibilidad es la ley. La ley, a pesar de que una obligación, por su naturaleza, sea susceptible de división, puede imponer esta situación, por las más variadas razones o circunstancias.

(18) BADANI CHAVEZ, Rosendo. Obligaciones y Contratos, Página 53.

(b) Cuando no resulta susceptible de división o de cumplimiento parcial por la naturaleza de la prestación.

Sin duda, esta fuente de indivisibilidad es tan clara como la anterior. Cuando el Código menciona esta hipótesis de indivisibilidad, se refiere a la naturaleza de la prestación. Vale decir, que no exista la indivisibilidad ni por pacto, ni tampoco porque la ley así lo ordene. Simplemente que exista la indivisibilidad porque la naturaleza de la prestación no hace posible su cumplimiento parcial. Por ejemplo, la entrega de dos caballos a tres acreedores. En este caso ni la ley ni el pacto expreso han impuesto la indivisibilidad. Es la naturaleza de la prestación la que así lo decide.

Otro ejemplo sería el de los integrantes de un grupo de teatro que se obligan frente a un empresario artístico a representar una obra en una fecha determinada. De la naturaleza de la prestación a ejecutar se deduce claramente que la prestación tiene carácter de indivisible, ya que sería imposible imaginar cómo los integrantes de ese grupo de teatro podrían ejecutar la obra pactada cada uno por su cuenta.

Por último, mencionaremos como un ejemplo de obligación que no resulta susceptible de división o de cumplimiento parcial por la naturaleza de la prestación, aquella que asumen dos copropietarios de no levantar el muro en una casa contigua, en lo que podría constituir una servidumbre de vista.

(c) Cuando no resulta susceptible de división o de cumplimiento parcial por el modo en que fue considerada al constituirse.

La tercera forma de establecer la indivisibilidad de una obligación es por haberse expresado así en el acto constitutivo de la misma, vale decir, porque las partes -de mutuo acuerdo- le han dado este carácter (cuando se trata de actos bilaterales o plurilaterales) o cuando el agente así lo manifestó al constituir el acto (en los actos unilaterales, como podría ser un legado testamentario).

Todo esto, independientemente de si la prestación fuese susceptible de división o de cumplimiento parcial, por no establecer la ley lo contrario, o si resultase susceptible de cumplimiento parcial por la naturaleza de la prestación. El ejemplo más ilustrativo sería aquel en el cual lo que se deba sea una suma de dinero (divisible por excelencia) y las partes convengan en su indivisibilidad.

Debe señalarse, siguiendo a Jorge Joaquín Llambías[19], que se ha discutido mucho sobre si además de la indivisibilidad objetiva u ontológica de la obligación, existe en el Derecho Argentino una indivisibilidad subjetiva o intencional, es decir, referente a un objeto que fuese por su índole susceptible de cumplimiento parcial, pero que quedara excluida esa manera de satisfacer la prestación por la voluntad de las partes; está la doctrina dividida a ese respecto, pues hay quienes afirman que puede haber paralelamente a la indivisibilidad objetiva, material u ontológica, una indivisibilidad subjetiva o voluntaria, dependiente de la intención de las partes, relativa al modo de cumplimiento de la prestación. Así, continúa diciendo Llambías, si ha de entenderse que ellas excluyeron, en cualquier contingencia, una ejecución fraccionada, se impone la conclusión de que la obligación es indivisible, aunque materialmente no lo sea su objeto.

Señala Llambías que para otra tendencia de la doctrina, la única indivisión que se admite es la indivisión física o material, pues la indivisibilidad resultante del fin que han tenido las partes al contratar, excluyente de la satisfacción parcial de la deuda, no habría obtenido carta de ciudadanía en el Derecho Civil de su país.

En opinión del tratadista citado, cabe aceptar la indivisibilidad subjetiva o voluntaria, porque en este sector del Derecho reina el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, lo que equivale a decir que no hay obstáculo, si juega el acuerdo de los interesados, para reputar indivisible a una obligación que fuera

---

(19) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo II - A, Páginas 413 a 415.

divisible por la índole de la prestación; siendo esta una indivisibilidad funcional. Otra razón que da Llambías para aceptar la indivisibilidad convencional es que coinciden con esa solución las notas de Vélez Sarsfield al Código de su país; y, por último, porque no encuentra norma alguna dentro del Código Argentino que se oponga a este tipo de indivisibilidad, sino que, por el contrario, al definir a las obligaciones como indivisibles si las prestaciones no pudiesen ser cumplidas por entero, le parece que el codificador acepta implícitamente que se pueda establecer, por acuerdo de partes, que el cumplimiento de una obligación divisible, no pueda, sin embargo, satisfacerse sino por entero. Por todo ello, Llambías concluye en que la indivisibilidad de la obligación está impuesta, necesariamente, por la índole fraccionable de la prestación; pero agrega que la indivisibilidad puede derivar tanto de los caracteres ontológicos del objeto debido, cuanto de la voluntad de las partes que están autorizadas para imponer una indivisibilidad funcional, corrigiendo la naturaleza partible de la prestación.

Para los profesores franceses Philippe Malaurie y Laurent Aynés[20], la indivisibilidad puede ser natural o convencional, precisando que la convencional concierne a una obligación cuyo objeto es perfectamente divisible, pero al que las partes hacen indivisible artificialmente con el fin de obtener algunos resultados. Además, anotan los profesores citados, que la diferencia entre la indivisibilidad natural y la convencional es mínima, puesto que la primera se refiere a una obligación que es indivisible por su naturaleza; en tanto la segunda a una obligación que por su naturaleza es divisible, pero que artificialmente se le califica de indivisible.

A este respecto, Alterini, Ameal y López Cabana[21] advierten que la obligación indivisible por convención de las partes no debe ser confundida con la obligación solidaria; pues la diferencia consiste que en ésta se tiene en cuenta la estructura del vínculo, lo que no ocurre en la indivisibilidad intencional, que se fundamenta

(20) MALAURIE, Philippe y AYNES, Laurent. Op. cit., Páginas 650 y 651.
(21) ALTERINI, Atilio Aníbal, AMEAL, Oscar José y LOPEZ CABANA, Roberto M. Op. cit., Tomo II, Página 199.

en la finalidad perseguida por las partes con respecto al cumplimiento de la obligación.

En opinión de Ambroise Colin y Henri Capitant[22], la indivisibilidad produce una situación que se parece mucho a la solidaridad; pero es superior a ella, considerada como garantía para el acreedor, porque escapa al peligro de la división ante los coherederos de uno de los deudores; razón por la cual, en las obligaciones múltiples, en las que el acreedor busca adquirir el máximo de seguridad, procura estipular que sus codeudores se obliguen solidaria e indivisiblemente.

Queremos señalar, en este punto de nuestro análisis de la indivisibilidad, que el Código Civil Peruano distingue -como ha sido precisado por nosotros en su momento-, las consecuencias de la indivisibilidad y de la solidaridad, regulando a ambas obligaciones en Títulos distintos del Libro pertinente. Tal situación, si bien es seguida por la generalidad de cuerpos legislativos de nuestra tradición jurídica, no es unánime. En palabras de Luis De Gásperi[23], hay autores, como Windscheid, y el Código Civil Alemán, según los cuales, el concurso plural de sujetos en la obligación comunica a ésta solidaridad, activa y pasiva, aun cuando la solidaridad no tenga lugar sino porque la prestación es indivisible, disponiendo el artículo 431 del B.G.B. que los obligados a una prestación indivisible están sometidos a la obligación como si fuesen deudores solidarios.

Por otra parte, si la obligación fuese divisible y solidaria, primarán, en cuanto al objeto, las reglas de la divisibilidad; pero en cuanto a la exigibilidad y a numerosas consecuencias jurídicas, se aplicarán las reglas de la solidaridad, tal como veremos en cada uno de los supuestos que luego analizamos.

Antes de concluir nuestros comentarios preliminares sobre

(22) COLIN, Ambroise y CAPITANT, Henri. Op. cit., Tomo II, Páginas 433 y 434.
(23) DE GASPERI, Luis. Op. cit., Tomo II, Páginas 136 y siguientes.

las obligaciones indivisibles y las solidarias, consideramos necesario referirnos a las causas que pueden dar lugar a la solidaridad.

En primer término, está la ley. En este caso es claro que una norma legal puede ordenar que determinadas personas sean deudoras solidarias de otra u otras. Por lo general, esta solidaridad proviene de la responsabilidad contractual, de la responsabilidad civil extracontractual o de normas de carácter tributario.

En segundo lugar, tenemos a la voluntad, unilateral o plurilateral.

Un caso de voluntad unilateral sería aquel en que se constituyera la solidaridad por testamento (ejemplo que citamos al ensayar una definición de la solidaridad). Sin embargo, el supuesto más frecuente es el de la solidaridad que nace por pacto. Concretamente nos estamos refiriendo a la solidaridad constituida contractualmente. Cabe recalcar que en estos casos la solidaridad deberá estar expresada de manera manifiesta y concreta, pues de lo contrario, o en la duda, se tendrá a la obligación por no solidaria (es decir, por mancomunada).

De acuerdo con el régimen del Código Civil Peruano de 1984, si la obligación indivisible es solidaria, se aplicarán a la misma las normas de la solidaridad, así como lo dispuesto por el artículo 1177, según el cual la indivisibilidad también opera respecto de los herederos del acreedor o del deudor (artículo 1181).

Eduardo B. Busso[24], al mencionar la concurrencia en una obligación de las calidades de indivisible y solidaria, señala que éstas no se excluyen recíprocamente; agrega que una deuda solidaria puede a la vez ser indivisible, o bien porque lo sea la prestación prometida, bien porque convencionalmente se la haya sometido al régimen de indivisibilidad. Recuerda Busso que Demolombe señala con toda precisión que la indivisibilidad y la

(24) BUSSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo IV, Página 551.

solidaridad, aun siendo distintas, no son incompatibles, sino que pueden acumularse en una misma obligación, conservando cada una de ellas su propio carácter; de modo que para precisar los efectos del vínculo en un caso tal de "entrecruzamiento" de caracteres, bastará con tener en cuenta por separado los efectos particulares de cada uno de ellos; siendo necesaria, sin embargo, la discriminación entre ambas calidades, cuando ellas se acumulan, ya que de no hacerla se caería en la deplorable confusión de conceptos en que incurrió en alguna oportunidad la Corte de Casación Francesa, cuando -en un fallo que los autores de ese país critican vigorosamente- afirmó que una obligación indivisible, por el solo hecho de serlo, es solidaria, aunque la solidaridad no hubiera sido estipulada.

Agrega Busso que no obstante la distinción conceptual existente entre las obligaciones indivisibles y las solidarias, existe una tendencia dentro del Derecho moderno a equiparar las obligaciones indivisibles con las solidarias, llegando algunos autores, como Alfredo Colmo, a sostener la conveniencia de suprimir toda diferenciación.

Otro de los tratadistas importantes que puntualiza la necesidad de evitar toda confusión entre las obligaciones indivisibles y las obligaciones solidarias, es Jorge Joaquín Llambías[25], quien resalta la independencia de ambas categorías, señalando que unas y otras responden a una concepción distinta, que lógicamente se refleja en un régimen legislativo diferenciado. No obstante ello, reconoce que es indudable que las obligaciones indivisibles y las solidarias presentan ciertas analogías.

En relación a las analogías y diferencias entre las obligaciones indivisibles y las obligaciones solidarias, podemos efectuar la siguiente clasificación, tomando como base al Código Civil Peruano de 1984, aclarando, previamente, que en las obligaciones de ambas clases existe pluralidad de sujetos, bien como deudores, bien como acreedores, o en ambas condiciones simultáneamente;

(25) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo II - A, Páginas 560 y 561.

que la causa del origen de la deuda o de la acreencia de todos es la misma; que es el mismo objeto el que deben todos los deudores o el que constituye la acreencia de todos los acreedores; y que existe pluralidad de vínculos entre los diversos sujetos de la relación obligacional, sea ésta pasiva o activa.

1) Son propios de las obligaciones indivisibles, los preceptos consignados por los artículos 1176, 1177, 1178, 1179 y 1180. También son normas que corresponden a la indivisibilidad, los preceptos sobre la solidaridad previstos por los artículos 1184, 1188, 1192, 1193, 1194, 1196, 1197, 1198, 1199, 1203 y 1204.

   Para mayor claridad del lector transcribimos estas reglas aplicables a las obligaciones indivisibles:

   Artículo 1176.- "Cualquiera de los acreedores puede exigir a cualquiera de los deudores la ejecución total de la obligación indivisible. El deudor queda liberado pagando conjuntamente a todos los acreedores, o a alguno de ellos, si éste garantiza a los demás el reembolso de la parte que les corresponda en la obligación."

   Artículo 1177.- "La indivisibilidad también opera respecto de los herederos del acreedor o del deudor."

   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."

   Artículo 1179.- "La novación entre el deudor y uno de los acreedores no extingue la obligación respecto de los demás coacreedores. Estos, sin embargo, no pueden exigir la prestación indivisible sino reembolsando al deudor el valor de la parte de la prestación original correspondiente al acreedor que novó o garantizando el reembolso.

La misma regla se aplica en los casos de compensación, condonación, consolidación y transacción."

Artículo 1180.- "La obligación indivisible se resuelve en la de indemnizar daños y perjuicios. Cada uno de los deudores queda obligado por el íntegro de la indemnización, salvo aquellos que hubiesen estado dispuestos a cumplir, quienes sólo contribuirán a la indemnización con la porción del valor de la prestación que les corresponda."

Artículo 1184.- "La solidaridad no queda excluida por la circunstancia de que cada uno de los deudores esté obligado con modalidades diferentes ante el acreedor, o de que el deudor común se encuentre obligado con modalidades distintas ante los acreedores.

Sin embargo, tratándose de condiciones o plazos suspensivos, no podrá exigirse el cumplimiento de la obligación afectada por ellos hasta que se cumpla la condición o venza el plazo."

Artículo 1188.- "La novación, compensación, condonación o transacción entre el acreedor y uno de los deudores solidarios sobre la totalidad de la obligación, libera a los demás codeudores.

En estos casos las relaciones entre el deudor que practicó tales actos y sus codeudores, se rigen por las reglas siguientes:

1. En la novación, los codeudores responden, a su elección, por su parte en la obligación primitiva o por la proporción que les habría correspondido en la nueva obligación.

2. En la compensación, los codeudores responden por su parte.

3. En la condonación, se extingue la obligación de los codeudores.

4. En la transacción, los codeudores responden, a su elección, por su parte en la obligación original o por la proporción que les habría correspondido en las prestaciones resultantes de la transacción."

Artículo 1192.- "A cada uno de los acreedores o deudores solidarios sólo pueden oponérseles las excepciones que les son personales y las comunes a todos los acreedores o deudores."

Artículo 1193.- "La sentencia pronunciada en el juicio seguido entre el acreedor y uno de los deudores solidarios, o entre el deudor y uno de los acreedores solidarios, no surte efecto contra los demás codeudores o coacreedores, respectivamente.

Sin embargo, los otros deudores pueden oponerla al acreedor, salvo que se fundamente en las relaciones personales del deudor que litigó. A su turno, los demás acreedores pueden hacerla valer contra el deudor, salvo las excepciones personales que éste pueda oponer a cada uno de ellos."

Artículo 1194.- "La constitución en mora de uno de los deudores o acreedores solidarios no surte efecto respecto a los demás.

La constitución en mora del deudor por uno de los acreedores solidarios, o del acreedor por uno de los deudores solidarios, favorece a los otros."

Artículo 1196.- "Los actos mediante los cuales el acreedor interrumpe la prescripción contra uno de los deudores solidarios, o uno de los acreedores solidarios interrumpe la prescripción contra el deudor común, surten efecto respecto de los demás deudores o acreedores."

Artículo 1197.- "La suspensión de la prescripción respecto de uno de los deudores o acreedores solidarios no surte efecto para los demás.

Sin embargo, el deudor constreñido a pagar puede repetir contra los codeudores, aun cuando éstos hayan sido liberados por prescripción. Y, a su turno, el acreedor que cobra, respecto al cual se hubiera suspendido la prescripción, responde ante sus coacreedores de la parte que les corresponde en la obligación."

Artículo 1198.- "La renuncia a la prescripción por uno de los codeudores solidarios no surte efecto respecto de los demás. El deudor que hubiese renunciado a la prescripción, no puede repetir contra los codeudores liberados por prescripción.

La renuncia a la prescripción en favor de uno de los acreedores solidarios, favorece a los demás."

Artículo 1199.- "El reconocimiento de la deuda por uno de los deudores solidarios, no produce efecto respecto a los demás codeudores.

Si se practica el reconocimiento por el deudor ante uno de los acreedores solidarios, favorece a los otros."

Artículo 1203.- "En las relaciones internas, la obligación solidaria se divide entre los diversos deudores o acreedores, salvo que haya sido contraída en interés exclusivo de alguno de ellos.

Las porciones de cada uno de los deudores o, en su caso, de los acreedores, se presumen iguales, excepto que lo contrario resulte de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso."

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."

2) Son propios de las obligaciones solidarias los preceptos consignados por los artículos 1183, 1184, 1185, 1186, 1187, 1188, 1189, 1190, 1191, 1192, 1193, 1194, 1195, 1196, 1197, 1198, 1199, 1200, 1201, 1202, 1203 y 1204, que también transcribimos a continuación:

Artículo 1183.- "La solidaridad no se presume. Sólo la ley o el título de la obligación la establecen en forma expresa."

Artículo 1184.- "La solidaridad no queda excluida por la circunstancia de que cada uno de los deudores esté obligado con modalidades diferentes ante el acreedor, o de que el deudor común se encuentre obligado con modalidades distintas ante los acreedores.

Sin embargo, tratándose de condiciones o plazos suspensivos, no podrá exigirse el cumplimiento de la obligación afectada por ellos hasta que se cumpla la condición o venza el plazo."

Artículo 1185.- "El deudor puede efectuar el pago a cualquiera de los acreedores solidarios, aun cuando hubiese sido demandado sólo por alguno."

Artículo 1186.- "El acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente.

Las reclamaciones entabladas contra uno, no serán obstáculo para las que posteriormente se dirijan contra los demás, mientras no resulte pagada la deuda por completo."

Artículo 1187.- "Si muere uno de los deudores solidarios, la deuda se divide entre los herederos en proporción a sus respectivas participaciones en la herencia.

Regla similar se aplica en caso de muerte de uno de los acreedores solidarios."

Artículo 1188.- "La novación, compensación, condonación o transacción entre el acreedor y uno de los deudores solidarios sobre la totalidad de la obligación, libera a los demás codeudores.

En estos casos las relaciones entre el deudor que practicó tales actos y sus codeudores, se rigen por las reglas siguientes:

1. En la novación, los codeudores responden, a su elección, por su parte en la obligación primitiva o por la proporción que les habría correspondido en la nueva obligación.

2. En la compensación, los codeudores responden por su parte.

3. En la condonación, se extingue la obligación de los codeudores.

4. En la transacción, los codeudores responden, a su elección, por su parte en la obligación original o por la proporción que les habría correspondido en las prestaciones resultantes de la transacción."

Artículo 1189.- "Si los actos señalados en el primer párrafo del artículo 1188 se hubieran limitado a la parte de uno solo de los deudores, los otros no quedan liberados sino en cuanto a dicha parte."

Artículo 1190.- "Cuando los actos a que se refiere el artículo 1188 son realizados entre el deudor y uno de los acreedores solidarios sobre la totalidad de la obligación, ésta se extingue respecto a los demás coacreedores. El acreedor que hubiese efectuado cualquiera de estos actos, así como el que cobra la deuda, responderá ante los demás de la parte que les corresponda en la obligación original.

Si tales actos se hubieran limitado a la parte que corresponde a uno solo de los acreedores, la obligación se extingue únicamente respecto a dicha parte."

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 1192.- "A cada uno de los acreedores o deudores solidarios sólo pueden oponérseles las excepciones que les son personales y las comunes a todos los acreedores o deudores."

Artículo 1193.- "La sentencia pronunciada en el juicio seguido entre el acreedor y uno de los deudores solidarios, o entre el deudor y uno de los acreedores solidarios, no surte efecto contra los demás codeudores o coacreedores, respectivamente.

Sin embargo, los otros deudores pueden oponerla al acreedor, salvo que se fundamente en las relaciones personales del deudor que litigó. A su turno, los demás acreedores pueden hacerla valer contra el deudor, salvo las excepciones personales que éste pueda oponer a cada uno de ellos."

Artículo 1194.- "La constitución en mora de uno de los deudores o acreedores solidarios no surte efecto respecto a los demás.

La constitución en mora del deudor por uno de los acreedores solidarios, o del acreedor por uno de los deudores solidarios, favorece a los otros."

Artículo 1195.- "El incumplimiento de la obligación por causa imputable a uno o a varios codeudores, no libera a los demás de la obligación de pagar solidariamente el valor de la prestación debida.

El acreedor puede pedir el resarcimiento de los daños y per-

juicios al codeudor o, solidariamente, a los codeudores responsables del incumplimiento."

Artículo 1196.- "Los actos mediante los cuales el acreedor interrumpe la prescripción contra uno de los deudores solidarios, o uno de los acreedores solidarios interrumpe la prescripción contra el deudor común, surten efecto respecto de los demás deudores o acreedores."

Artículo 1197.- "La suspensión de la prescripción respecto de uno de los deudores o acreedores solidarios no surte efecto para los demás.

Sin embargo, el deudor constreñido a pagar puede repetir contra los codeudores, aun cuando éstos hayan sido liberados por prescripción. Y, a su turno, el acreedor que cobra, respecto al cual se hubiera suspendido la prescripción, responde ante sus coacreedores de la parte que les corresponde en la obligación."

Artículo 1198.- "La renuncia a la prescripción por uno de los codeudores solidarios no surte efecto respecto de los demás. El deudor que hubiese renunciado a la prescripción, no puede repetir contra los codeudores liberados por prescripción.

La renuncia a la prescripción en favor de uno de los acreedores solidarios, favorece a los demás."

Artículo 1199.- "El reconocimiento de la deuda por uno de los deudores solidarios, no produce efecto respecto a los demás codeudores.

Si se practica el reconocimiento por el deudor ante uno de los acreedores solidarios, favorece a los otros."

Artículo 1200.- "El acreedor que renuncia a la solidaridad en favor de uno de los deudores, conserva la acción solidaria contra los demás.

El acreedor que otorga recibo a uno de los deudores o que acciona judicialmente contra él, por su parte y sin reserva, renuncia a la solidaridad."

Artículo 1201.- "Si el acreedor renuncia a la solidaridad respecto de uno de los deudores, y alguno de los otros es insolvente, la parte de éste se distribuye a prorrata entre todos los codeudores, comprendiendo a aquel que fue liberado de la solidaridad."

Artículo 1202.- "El acreedor que, sin reserva, recibe de uno de los deudores solidarios parte de los frutos o de los intereses adeudados, pierde contra él la acción solidaria por el saldo, pero la conserva en cuanto a los frutos o intereses futuros."

Artículo 1203.- "En las relaciones internas, la obligación solidaria se divide entre los diversos deudores o acreedores, salvo que haya sido contraída en interés exclusivo de alguno de ellos.

Las porciones de cada uno de los deudores o, en su caso, de los acreedores, se presumen iguales, excepto que lo contrario resulte de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso."

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."

3) En consecuencia, las normas comunes entre las obligaciones indivisibles y solidarias, son las consignadas por los artículos 1184, 1188, 1192, 1193, 1194, 1196, 1197, 1198, 1199, 1203 y 1204, antes transcriptos.

4) Y, por consiguiente, los preceptos de las obligaciones solidarias que difieren de las obligaciones indivisibles, son los artículos 1176, 1177, 1178, 1179 y 1180, propios de estas últimas, cuyas soluciones son contrarias a los principios de la solidaridad previstos, respectivamente, en los artículos 1185, 1187, 1191, 1190 y 1195.

   A su turno, son preceptos propios de la solidaridad y ajenos a la indivisibilidad, los artículos 1183, 1186, 1189, 1200, 1201 y 1202, también transcriptos.

– Las obligaciones solidarias y otras clases de obligaciones.

En este punto de nuestro análisis de la solidaridad queremos evitar cierta confusión existente en lo que se refiere a la denominación de las obligaciones solidarias, además de distinguirlas respecto de otras clases de obligaciones que la tradición jurídica peruana no ha contemplado.

Recuerda Héctor Lafaille[26] que el principio nace en el Derecho Romano, donde se daba en la estipulación plural por el concurso simultáneo de dos o más coestipulantes y de dos o más copromitentes, llamados cada cual de éstos a responder a la interrogación aislada y sucesiva de aquéllos. En tal sentido, el citado autor precisa que la Ley 61 de *Toro* y la *Novísima Recopilación* (Libro X, Título Primero, Ley 10), recogieron la regla que también se mantuvo en el "**droit coutumier**" anterior al Código Napoléon, tal como lo hace notar Domat en sus "**Loix civiles**".

En tal orden de ideas, y ante ciertas confusiones terminológicas advertidas en doctrina o en la práctica jurídica, vamos a establecer las diferencias o semejanzas existentes entre las obligaciones solidarias y otras cinco diversas clases de obligaciones:

---

(26) LAFAILLE, Héctor. Op. cit., Tomo VI, Volumen I, Página 213.

*(1) Las obligaciones **in solidum** o concurrentes.*

Muchos autores establecen diferencias entre las obligaciones solidarias y las obligaciones **in solidum**. Pero si bien es cierto que la doctrina hace una distinción de las mismas, las semejanzas existentes entre unas y otras las hacen muy similares.

Incluso, el tema de las obligaciones **in solidum** ofrece discusión doctrinaria respecto a su propia denominación.

En tal sentido, el tratadista argentino Jorge Joaquín Llambías[27] señala que las obligaciones concurrentes son las mal llamadas obligaciones "**in solidum**". Consisten en obligaciones que presentan un mismo acreedor e identidad de objeto, aunque diversidad de causa y de deudor; así, las obligaciones que pesan sobre el culpable de un incendio y sobre la compañía aseguradora que asumió el riesgo de la cosa asegurada contra incendio. Hay un solo acreedor, que es el dueño de la cosa incendiada; un mismo objeto, la reparación del daño producido en la cosa por el incendio; una distinta causa de ambas obligaciones, que para el culpable del incendio es el hecho ilícito y para el asegurador el contrato de seguro; y dos deudores diferentes: el autor del hecho ilícito y el asegurador.

También señala Llambías que otras obligaciones concurrentes son las que adeudan el ladrón y el comodatario negligente y, especialmente, el autor de un hecho dañoso y el principal o empleador del culpable del daño obrado por éste en el marco de la incumbencia.

Precisa que el Decreto Ley Número 17.711 ha suscitado en la Argentina un nuevo supuesto de obligaciones concurrentes, que no existía en el Código de Vélez: la obligación de reparar el daño causado con una cosa ajena, que pesa sobre el autor culpable del daño y sobre el propietario de la cosa instrumento del daño.

---

(27) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo II - A, Páginas 563 a 565.

Contrariamente -en opinión de Llambías-, no surgen obligaciones concurrentes cuando derivan daños del vicio de una cosa utilizada por un subordinado: en tal hipótesis el único responsable es el guardián de la cosa dañosa, carácter que inviste el principal por cuya cuenta y bajo cuyas órdenes se efectúa el manejo de dicha cosa. En consecuencia, producido el daño originado en el vicio de la cosa, el damnificado no tiene acción contra el subordinado que hubiera utilizado la cosa dañosa, que es un mero sirviente de la guarda encomendada, sino contra el principal que es el guardián de la cosa, función desempeñada por intermedio de quien está bajo sus órdenes.

Señala el citado profesor argentino que en los supuestos de deudas concurrentes, el objeto debido es el mismo y por ello basta que alguno de los deudores lo pague para que queden canceladas todas las deudas. No podría pretender el acreedor cobrar a otro deudor, pues con el primer pago que recibió ya quedó totalmente desinteresado. Así, el asegurado contra incendio que cobró la indemnización del seguro no puede acumular la indemnización que satisfaga el culpable del incendio, y si fue indemnizado por este último, no puede cobrar el seguro porque ha desaparecido el daño, que era el presupuesto de la obligación del asegurador.

A entender de Llambías, es frecuente que a las obligaciones concurrentes se les denomine "**in solidum**", queriendo, con esta locución latina, señalar una diferencia con las obligaciones solidarias. Empero, especialmente en el Derecho Argentino, no es apropiado emplear esa expresión para denotar una distinción que resulta desmentida por el artículo 701 del Código Civil de ese país, según el cual la obligación es solidaria cuando los deudores se han obligado "**in solidum**". Por tanto, no resulta correcto diferenciar como categorías distintas a las obligaciones solidarias e **in solidum**.

Precisa Llambías que algunos autores, para evitar esa confusión, sugieren denominar "indistintas" a las obligaciones llamadas "**in solidum**"; habría así, por un lado, obligaciones solidarias, y por otro, obligaciones indistintas. Empero, la calificación "indis-

tinta", que sólo quiere decir "que no se distingue de otra cosa", es impropia y equívoca, pues denota que no habría distinción entre las obligaciones que pesan sobre los varios obligados, cuando exactamente son obligaciones distintas -y no indistintas- las del principal y del empleado, del incendiario y del asegurador, del ladrón y del comodatario, del autor de un daño y del dueño de la cosa empleada para causar ese daño, etc.

Llambías piensa que la denominación más acertada para estas obligaciones es la de "concurrentes", porque siendo obligaciones distintas, en cuanto no se confunden entre sí, coinciden sobre un mismo objeto, de manera que satisfecho ese objeto al acreedor cesa el derecho de éste para pretenderlo de otros deudores; así, pagada la indemnización por el empleador del culpable del daño, ya no puede perseguir el damnificado a ese culpable porque su crédito quedó cancelado.

Consideramos que esta imposibilidad de distinguir a ambas obligaciones también es aplicable al Derecho Peruano.

Por nuestra parte, desechamos la distinción que se pretende hacer entre las obligaciones **in solidum** y las obligaciones solidarias, por carecer de contenido conceptual.

Los profesores franceses Alex Weill y François Terré[28], señalan que los tribunales franceses combatieron la idea del mandato recíproco en las obligaciones que surgían para varios deudores como fruto de un delito civil o penal.

Apoyándose en que esta solución estaba en contradicción con el principio por el que la solidaridad puede resultar sólo del convenio o de la ley, las críticas de la doctrina terminaron por hacer temblar a la jurisprudencia. Esta última admite que, en los casos señalados anteriormente, no hay solidaridad entre los deudores, sino que cada uno está comprometido en la deuda por todos **(in solidum)**.

---

(28) WEILL, Alex y TERRE, François. Op. cit., Páginas 935 a 937.

Agregan los profesores citados que en esta obligación hay varios deudores, y se puede demandar a cada uno por el todo; el pago que hace uno libera a los demás del acreedor; sin embargo, el que paga tiene un recurso contra los demás, como en el caso de la solidaridad, no obstante lo cual, se descartan todos sus efectos secundarios fundamentados en la idea del mandato recíproco.

En tal sentido -agregan-, la aplicación principal se realiza en el campo de la responsabilidad civil delictual, bien para los coautores de la falta común, o bien para los responsables del hecho de las cosas, bien para el autor de la falta y para la persona responsable de su hecho, o bien para el autor de la falta y para su asegurador.

Se propone aplicar ese concepto en la responsabilidad contractual, en especial a la de los esposos covendedores de un mismo bien, o incluso a los individuos comprometidos en una obligación alimentaria con una misma persona.

No obstante -opinan Weill y Terré-, siguen siendo inciertos el fundamento de esta noción y su significado exacto. La mejor explicación consiste en decir que en la verdadera solidaridad no hay solamente unidad de objeto, sino también unidad de causa: todos los deudores se comprometen en conformidad con la misma causa, siendo por esta razón que existe comunidad de intereses entre ellos; pues en la obligación **in solidum**, cada uno se compromete por una causa diferente. Así sucede con los coautores de un delito civil: cada uno de los coautores cometió una falta, distinta entre sí; sin embargo, uno se compromete por todos porque su falta llegó a producir la totalidad del daño.

Pero los profesores citados señalan que esta explicación no es nada satisfactoria. Si fuera exacta, debería aplicarse tanto en el caso del delito penal, como en el caso del delito civil (responsabilidad civil extracontractual). Aún con esto, el artículo 55 del Código Penal Francés es formal: esto es cuestión de la solidaridad. Weill y Terré creen que la admisión de la obligación **in solidum** traduce el deseo de la jurisprudencia de evadir las normas estric-

tas de la ley, ya sea en algunos casos reconociendo que hay solidaridad mientras que ningún convenio o texto la estipularon, ya sea descartando en los demás los efectos muy extendidos que incluyeron el Código o la misma jurisprudencia en la solidaridad.

Por ello, Weill y Terré concluyen en que cualquiera que sea la noción, y por muy sujeta que esté a la crítica, en el Derecho positivo francés se adquiere la noción de obligación **in solidum**, aunque a algunos les haya parecido que algunas soluciones de la jurisprudencia anunciaran su ocaso.

(2) Las obligaciones disyuntas.

Según explican los tratadistas argentinos Pedro N. Cazeaux y Félix A. Trigo Represas[29], este tema ha provocado en la ciencia jurídica muchas vacilaciones. Las dificultades empiezan con su denominación. Colmo y Lafaille las llaman obligaciones "disjuntas". De Gásperi sostiene que la palabra correcta es "disyunta". Busso y Gutiérrez y Gonzales las denominan indistintamente de una y otra manera. El Diccionario de la Real Academia le da la razón a De Gásperi, correspondiendo, pues, llamar disyuntas o disyuntivas a estas obligaciones.

Agregan los autores citados que en ellas aparecen inicialmente varios sujetos, sea del lado activo o del lado pasivo, pero con la particularidad de que los diferentes sujetos que figuran en cada extremo de la obligación están en alternativa, supeditados a una opción que debe hacerse entre ellos, de modo que el elegido será -en definitiva- el titular del crédito o el obligado a la deuda. Por eso ha podido decir Busso que más que obligaciones de sujeto múltiple, lo son de sujeto indeterminado. La forma de enunciar esta clase de obligaciones se logra -según Cazeaux y Trigo Represas- mediante el empleo de la conjunción disyuntiva "o". Así, por ejemplo: Pedro o Pablo deben pagar la cantidad de cien mil pesos a Juan.

(29) CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Tomo I, Página 700.

Para el profesor Jorge Joaquín Llambías[30], la pluralidad de sujetos puede ser conjunta o disyunta. La pluralidad es conjunta, cuando hay concurrencia de acreedores o deudores en una misma obligación. Es disyunta, si la presencia de varios acreedores o deudores es excluyente entre sí, de manera que la obligación de uno descarta la de otro: habiendo, pues, una falsa pluralidad, porque no hay coexistencia de pretensiones o deberes. Lo que ocurre en la obligación disyuntiva es que el único sujeto, activo o pasivo, está provisionalmente indeterminado dentro de una pluralidad de sujetos posibles. Cuando la elección se produzca quedará determinado el sujeto singular de la obligación.

El maestro paraguayo Luis de Gásperi[31], nos dice que, como muy acertadamente lo observa Felipe Sánchez Román, "la primera necesidad que ha de satisfacerse en la exposición de esta doctrina, es la de fijar el sentido gramatical y jurídico de las palabras que le son peculiares."

"Disyunción" (no disjunción, como dicen algunos escritores) del latín **disiunttio-onis**, es acción y efecto de desunir. No la registra Escriche. Merlin, en cambio, explicando la acepción de la palabra "disyuntiva", enseña: "Partícula gramatical, que al juntar las partes de un discurso, separa las cosas que se dicen, y afirma a una de ellas indeterminadamente, tal partícula 'o' a diferencia de la partícula 'y', que es una conjuntiva."

Señala De Gásperi que el Derecho Francés anterior al Código, afectado de la influencia del Derecho Justinianeo, no aplicó a las obligaciones "disyuntivas" el sentido que podía venirles de la función gramatical de la partícula, sino del sentido de la oración y de las circunstancias. En el Derecho, dice Merlin, disyuntiva se toma algunas veces por la conjuntiva, y ésta por la primera, según las circunstancias. Es lo que nos enseña la ley 13, D. **de verborum significatione**; y la ley 4, C. **de rerum et verborum significatione**. Por ejemplo -dice De Gásperi-, si se dice en un

(30) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo II - A, Página 370.
(31) DE GASPERI, Luis. Op. cit., Tomo II, Páginas 4 y siguientes.

testamento que un padre y sus hijos son instituidos herederos, esta partícula "y" sería considerada como una disyuntiva, en el sentido de que los hijos no estarían nombrados para recoger la herencia sino en defecto del padre, según el orden de las sucesiones; diciéndolo así Guypare y Despeisses. La cosa sería diferente si estuviera dicho que los hijos han sido instituidos herederos con su padre, la conjunción "y" sería tachada, y ellos se partirían.

Si alguno ha hecho un legado -agrega De Gásperi-, con el encargo, para el legatario, de pagar, por ejemplo, al párroco "o" a los clérigos que asistieron al acompañamiento del testador, la suma de 600 libras, la partícula "o", aunque disyuntiva por sí misma, sería tomada en esta ocasión por una conjuntiva y significaría que el párroco y los clérigos deben todos aprovechar de esa suma.

Precisa el citado autor paraguayo que estas especies de disposiciones, a entender de Toullier, habían ocasionado grandes controversias entre los antiguos jurisconsultos romanos. Entendían unos que el legado era nulo o caduco, porque la voluntad del testador permanecía incierta; otros, que el primero de los legatarios que obrara debía ser preferido por derecho de primer ocupante; otros, que el primero de los nombrados debía ser considerado como el único instituido, y el segundo como sustituto, para el caso de que el otro no pudiere recoger el legado; otros, que el último de los nombrados debía ser preferido, como si el testador hubiera cambiado de voluntad, etc. Justiniano -añade Toullier- puso fin a estas dificultades, decidiendo que la disyuntiva debía ser tomada por una conjuntiva, y admitirse a los dos legatarios a partir del **legado ut et primam personam inducat et secumdam non repellat**, Ley 4 cod. de V. S., 38. Según De Gásperi, bien se explica esta solución en la interpretación de los actos de última voluntad, porque en el testamento debe siempre prevalecer la intención del testador, como expresión de su última voluntad, y no la letra del testamento. Pothier -señala De Gásperi-, invocando un pasaje atribuido a Paulo, decide que en el caso de una disposición testamentaria así concebida, se deben aplicar las reglas de la solidaridad. "Mi heredero dará a los Carmelitas o a los

Jacobinos una suma de cien libras. El heredero no debe, en caso tal, más que una sola suma, pero toda entera a cada uno de los conventos, que son coacreedores solidarios; de modo que el pago que él haga a uno de dichos conventos, le librará respecto de los dos."

Señala De Gásperi que Demolombe, por el contrario, estima que ante una disposición así concebida se debe presumir que el testador ha querido crear, no una "solidaridad", sino un crédito "disyuntivo y adicional", de manera que: 1º el heredero tendría la elección de pagar la suma al convento que quisiera, sin poder ser privado de esta elección por la demanda de aquel que hubiera sido el primero en exigir el pago; 2º aquel que hubiera recibido la suma total tendría el derecho de conservarla con exclusión del otro.

Luego, el profesor paraguayo recuerda que Marcadé, cuya autoridad invoca Demolombe, dice que el ejemplo de Pothier se refiere al caso de la "obligación alternativa" (no en razón del objeto, sino del sujeto), a la cual ha llamado obligación múltiple "disyuntiva"; si los acreedores, añade, no son conjuntos, ¿cómo se quiere que ellos sean solidarios?

De Gásperi expresa que ese autor anota otro ejemplo, fuera del mencionado por Pothier, en que a pesar de la disyunción, el beneficio no es partible entre los acreedores y debe pertenecer a uno solo. Así, si yo le presto a Luis $ 10.000 y para facilitar su cobro, estipulo que le podrán ser demandados al vencimiento, por mí o por Pedro, es evidente que Pedro, aunque acreedor en la forma y con relación a Luis, no lo es en realidad y en sus relaciones conmigo. Es evidente que la suma entera me debe ser entregada, aun cuando se la haya pagado a Pedro. Pero este no es el caso más ordinario: el Derecho común es la división del beneficio entre los diversos acreedores, y su atribución a uno solo, la excepción.

Agrega De Gásperi que para Larombiére, en el caso de una obligación disyunta, la calidad de deudor o de acreedor pertenece al uno y al otro alternativamente.

Luego señala el civilista paraguayo que de la misma opinión son Massé y Vergé. Para éstos, la obligación disyunta es aquella en que, ya sean varios acreedores, o varios deudores, no son tales sino bajo una "alternativa", de tal suerte que, si hay varios acreedores, la obligación se extingue por el pago hecho a uno de ellos, sin que el otro pueda reclamar nada, y si hay varios deudores, el pago hecho por uno de ellos produce el efecto de que nada se puede demandar del otro. Esta común opinión de los autores explica el artículo 1004 del Esboço de Freitas, según el cual: "Si una obligación tuviera más de un deudor, y su objeto fuere una sola prestación, pero disyuntiva entre ellos, habrá una 'obligación alternativa', aunque no sea alternativa en cuanto a su objeto."

Precisa De Gásperi que las obligaciones disyuntas, desde el punto de vista pasivo, son muy raras. Las que lo son desde el punto de vista activo, dice el jurisconsulto, sólo se presentan en las disposiciones testamentarias.

Recuerda De Gásperi que, para Salvat, la aplicación de las obligaciones disyuntas es poco menos que nula. Colmo, por el contrario, enseña que si la disyunción no era antes de ahora frecuente, en cambio hoy ha adquirido auge en los países de vida económica intensa, con la costumbre de hacer depósitos bancarios, de acciones de sociedades anónimas, títulos al portador, etc., "a orden recíproca" del depositante o de su cónyuge, de suerte que cualquiera de ellos puede, en caso de fallecimiento del otro, por ejemplo, ejercer el correspondiente derecho.

En opinión de De Gásperi, las obligaciones disyuntas no deben, pues, confundirse con las solidarias, con las que no tienen de común sino el pago por entero de la deuda. Lacerda de Almeida, tratando de destacar la diferencia que las separa, enseña que, por oposición con los acreedores o deudores solidarios, los disyuntos son entre sí completamente extraños, y como que se excluyen y anulan el uno por el otro. De esta suerte -señala-, no pueden los deudores disyuntos ser conjuntamente demandados, ni subsidiariamente el uno por el otro. Demandado uno de ellos, queda extinguida y desaparece la obligación de los otros.

Tampoco ninguno de los acreedores puede pretender que se le prefiera a otro; en este caso la elección corresponde al deudor, del mismo modo que entre deudores disyuntos, la elección pertenece al acreedor.

Anota De Gásperi que para Giorgi, en la disyunción no hay concurrencia de varios partícipes, como enseñan los autores franceses, sino concurso de varias obligaciones conexas de modo alternativo, porque falta la pluralidad de los partícipes. Así, De Gásperi señala, por ejemplo, un legado de $ 100.000 que deberá pagarse, "o al Hospital de Clínica de Asunción o al Hospital de Concepción", dejando la elección al heredero, caso en el cual no habría realmente sino un solo acreedor, pero "incierto" hasta el instante en que se produjese su elección por el heredero. Lo mismo ocurriría en el caso inverso de haber sido un solo acreedor y la obligación de pagar el legado a cargo de cualquiera de los dos herederos del testador: o Pedro o Juan.

En concepto de De Gásperi, la verdad es que mientras la elección no se produzca, hay pluralidad de acreedores o deudores indeterminados, unidos, como enseña Toullier, en el título, pero que no son tales sino bajo una alternativa, la cual, al ser resuelta por la elección, hace aparecer al único acreedor.

Señala De Gásperi que el Código Civil Paraguayo -con idéntico texto que el Código Civil Argentino, en ese tiempo-, como los demás Códigos, no contemplan las obligaciones disyuntas, acaso por lo excepcional de ellas, y, por tanto, no suministran la solución de los diversos problemas que en la práctica pueden presentarse por razón de las mismas.

De Gásperi considera que por aplicación del artículo del Código Paraguayo, las cuestiones que no pueden resolverse "ni por las palabras ni por el espíritu de la Ley, deben resolverse por los principios de leyes análogas; y si aún así la cuestión fuese dudosa, se resolverá por los principios generales del Derecho teniendo en consideración las circunstancias del caso."

De esta suerte -señala-, los casos de obligaciones disyuntas

deben ser resueltos por las disposiciones relativas a las obligaciones solidarias, ya que la solidaridad es lo más característico de ellas.

Pero -según De Gásperi-, hay casos y casos, algunos de los cuales sólo podrían ser resueltos de acuerdo con la doctrina y la común opinión de los jurisconsultos. Tal, por ejemplo, el del heredero que se niega a hacer uso de su derecho de elección, para hacer el pago a los acreedores, bajo alternativa.

En un caso tal, enseña Pothier -a quien cita De Gásperi-, de acuerdo con las soluciones del Derecho Romano, cada uno de los legatarios puede demandar la totalidad de la suma, como si fuera el único, porque el testador quiso dar a cada uno de ellos la totalidad, a condición de que el heredero no dé ni al uno ni al otro; pero como ella está igualmente cumplida para el uno y para el otro, los dos pueden demandar el legado, y por consecuencia partirlo. Pero si sólo uno de ellos ha demandado y se hace pagar el legado, el otro no podría, después del pago, demandar la partición, porque no son socios.

En opinión del profesor paraguayo, la partición admitida en el primer caso sería un justo premio a la diligencia, porque **jura succurrunt vigilantibus non dormientibus** y, además, un efecto de la relación jurídica procesal nacida de la **litis contestatio**. Cada acreedor podría obtener a su favor una sentencia recognoscitiva que, por aparejar la imposibilidad práctica de su ejecución, no podría ser resuelta sino por la participación autorizada por las leyes romanas.

Para el profesor argentino Luis María Rezzónico[32], la pluralidad disyunta o alternativa ocurre si los sujetos activos o pasivos de la obligación, o unos y otros, aparecen vinculados en ésta por la conjunción disyuntiva "o", o por una fórmula o expresión equivalente, como si se dijese: "Pagaré a Fulano o a Mengano"; si Pedro debe $ 1.000 a Juan o Diego; si Juan o Pedro deben a Diego tal cosa; si Juan o Pedro deben tal prestación a Diego o Luis; o en el caso frecuente de los depósitos bancarios "a la orden alternativa, recíproca o indistinta" de dos o más personas que pueden retirarlos íntegra e indistintamente, aunque una de ellas muera, pues se consideran sometidos al régimen de las obligaciones solidarias.

(32) REZZONICO, Luis María. Op. cit., Volumen I, Páginas 584 y siguientes.

Las obligaciones disyuntas en cuanto al sujeto acreedor son relativamente frecuentes, pero en cambio las obligaciones disyuntas en cuanto al sujeto deudor (múltiple, pero no conjunto sino alternativo) son raras y apenas puede citarse como caso de esa naturaleza el mencionado por Colmo: el deudor, previniendo que no podrá pagar su deuda, estipula en favor del acreedor el derecho alternativo de éste de cobrar en nombre de aquél lo que le debe un tercero; y así, A que debe X $ a B, conviene en que B podrá cobrárselos a él o a C, que a su vez le debe esa suma a A, "con lo cual se extinguen allí dos obligaciones: la de A para con B y la de C para con A."

Anota Rezzónico que el Derecho Romano Justinianeo resolvió en materia de institución de herederos, legados o fideicomisos, que las obligaciones disyuntas estaban equiparadas a las conjuntas y que las conjunciones "o" e "y" debían tomarse como equivalentes. Después -agrega-, ese criterio fue abandonado, y las legislaciones y los autores modernos siguen la teoría de Pothier, quien cita como ejemplo de obligación solidaria que nace de una disposición testamentaria, la que está concebida en estos términos: "Mi heredero donará a los Carmelitas o a los Jacobinos la suma de cien libras". El heredero -agrega Pothier- no debe, en este caso, sino una sola suma, pero la debe por entero a cada uno de los dos conventos, que son coacreedores solidarios; de modo que el pago de esta suma que él haga a uno de los dos conventos, le liberarán respecto de ambos. El ilustre romanista entendía -según Rezzónico-, que en tales situaciones existía solidaridad pasiva y sometía las obligaciones disyuntas o de sujeto alternativo al mismo régimen de las solidarias.

Señala Rezzónico que éste es el criterio que justamente ha

prevalecido en doctrina y legislación "porque -dice Salvat- al establecer que el crédito existe a favor de uno u otro acreedor o que la deuda pesa sobre uno u otro deudor, sin agregar limitación alguna, parece lógico pensar que las partes han querido que cada acreedor o cada deudor tenga el derecho de exigir o la obligación de pagar íntegramente la prestación debida, lo cual constituye, precisamente, el carácter esencial de la solidaridad."

En opinión de Rezzónico, las relaciones de los codeudores o coacreedores entre sí están regidas por las mismas reglas que la ley ha consagrado para las obligaciones solidarias.

De acuerdo con Rezzónico, por eso Lafaille afirma que en todos esos casos, hasta que uno de los posibles acreedores no ejercite su derecho, el verdadero dueño permanece en la oscuridad, con lo cual vienen a coincidir el tipo alternativo, el solidario y el de prestación indivisible.

En opinión del tratadista argentino Luis María Boffi Boggero[33], la obligación "disyunta" es semejante, con referencia al vínculo, a lo que acontece con la obligación alternativa. Mientras en la primera hay más de un sujeto y una sola prestación, en la alternativa puede haber sujeto singular, pero siempre hay prestaciones múltiples en el título.

Señala Boffi Boggero que ya en Roma se discutía sobre el significado de la conjunción "o" en el caso de institución de herederos, designación de tutor en favor de una u otra persona, etcétera. Procurando superar las diferencias interpretativas, y en aras de la seguridad jurídica, Justiniano equiparó las conjunciones "conjunta" y "disyunta", de modo tal que "o" equivaldría a "y".

Anota el tratadista citado que no es ésa la posición de Pothier. Analizando el caso -ya visto anteriormente- de un legado de cien libras referido a los Conventos "Carmelitas" o "Jacobinos",

(33) BOFFI BOGGERO, Luis María. Op. cit., Tomo II, Páginas 486 y siguientes.

decía que mediaba solidaridad activa de modo "que el pago que haga de la dicha suma a uno de los dos conventos, le descargará para uno y otro."

Esta es la opinión que Boffi Boggero considera correcta -con algunas salvedades-, ya que el sentido de la conjunción "o" es bien diferente del de la conjunción "y", pues la primera establece una opción entre un extremo y el otro, al paso que la segunda acumula a los dos.

Añade el citado profesor que parecería innecesario recordar, una vez esto resuelto, que las relaciones de los coacreedores o codeudores entre sí son entonces idénticas a las que se ven acerca del mismo tema en las obligaciones solidarias, con determinadas diferencias.

Agrega Boffi Boggero que en Derecho Comercial vemos el caso común de obligaciones "disyuntas" en el depósito bancario efectuado a la orden recíproca de dos o más personas. De acuerdo con la doctrina escogida, cada una de esas personas puede obtener el reintegro total del crédito, sin que el deceso de alguna de ellas altere en lo más mínimo la regla.

Pero, en el supuesto que todos los titulares del depósito reclamaran la totalidad simultáneamente, el Banco deberá poner la suma a disposición de todos y, si esa suma fuese divisible, deberá repartirla. Si hubiese oposiciones, el camino más aconsejable sería el pago por consignación.

Por otra parte, diremos que para el profesor Llambías[34] son obligaciones disyuntivas o de sujeto alternativo, las establecidas a favor de un acreedor indeterminado entre varios sujetos determinados, o a cargo de un deudor indeterminado entre varios sujetos, también determinados, como sería el caso de si se estipula que A o B paguen $ 100 a C; o que X pague esa suma a Y o Z.

(34) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo II - A, Página 373.

Para Alterini, Ameal y López Cabana[35], en las obligaciones disyuntivas los sujetos se vinculan por la conjunción "o" -u otra semejante-, excluyéndose entre sí, de tal forma que, una vez determinado quién es el acreedor o el deudor -según se trate de disyunción activa o pasiva-, los restantes quedan eliminados del nexo obligacional con retroactividad al tiempo del nacimiento de la deuda; como sería el caso de si D o E le deben a A S/. 5,000; si D es elegido como sujeto pasivo de la obligación, E queda totalmente eliminado, como si nunca hubiese sido deudor.

Señalan los profesores citados que este tipo de obligaciones fue utilizado inicialmente en las disposiciones testamentarias pero, contemporáneamente, su uso se ha extendido a otros supuestos; como cuando se designan disyuntivamente varios beneficiarios de una póliza de seguro.

Alterini, Ameal y López Cabana, expresan que las obligaciones disyuntivas presentan los siguientes caracteres:

(1) Inicialmente hay una pluralidad provisional de sujetos, que se excluyen entre sí.

(2) Con posterioridad se determina el sujeto de la obligación, eliminándose la incertidumbre inicial; en virtud de tal elección los demás sujetos que integraban la pluralidad originaria quedan totalmente excluidos del nexo obligacional.

(3) Hay unidad de causa.

(4) Hay unidad de objeto y prestación debida, cuyo pago cancela la deuda liberando a los sujetos inicialmente obligados, o extingue todo el crédito, según el caso.

(5) Los sujetos que integran el nexo obligacional se encuentran sometidos a una condición resolutoria.

(35) ALTERINI, Atilio Aníbal, AMEAL, Oscar José y LOPEZ CABANA, Roberto M. Op. cit., Tomo II, Páginas 179 y siguientes.

En lo que respecta a su naturaleza jurídica, Alterini, Ameal y López Cabana anotan que se plantea en doctrina la interrogante de establecer si las obligaciones disyuntivas configuran una categoría autónoma, o si son asimilables a las solidarias. En virtud de que no tienen un régimen legal propio en el Código Civil y de la indudable semejanza que presentan con las obligaciones solidarias, la mayoría de la doctrina argentina optó por considerarlas como solidarias. Pero otra tesis, siguiendo a Demolombe, entiende acertadamente -según los profesores citados-, que las obligaciones disyuntivas son autónomas, y configuran una alternativa subjetiva, y no objetiva como ocurre en las obligaciones alternativas; de ahí que Freitas estableció en el artículo 1004 del Esboço que la obligación disyuntiva es alternativa en cuanto a los sujetos, aunque no lo sea en cuanto al objeto.

Añaden Alterini, Ameal y López Cabana que cuando estudiaron las obligaciones alternativas dijeron que las prestaciones que integran su contenido se encuentran sujetas a una "condición resolutoria", que consiste en que sea elegida alguna de las otras para el pago de la deuda; agregan que en las obligaciones disyuntivas ocurre exactamente lo mismo, pero con relación a los sujetos que se obligan en alternatividad, de tal manera que si es elegido uno de ellos -en caso de disyunción activa uno de los acreedores, y en el de disyunción pasiva uno de los deudores- opera la condición resolutoria a la que estaban sometidos todos los demás, los cuales, por lo tanto, quedan marginados del vínculo obligacional con retroactividad al nacimiento de la deuda. Citan como ejemplo el supuesto de si D le debe a A o a B S/. 80,000; si A es elegido para percibir el cobro, el otro acreedor B deja de ser tal con retroactividad a la celebración de la obligación.

Concluyen Alterini, Ameal y López Cabana expresando que, a pesar de que se aplica analógicamente a las obligaciones disyuntivas el régimen legal de las obligaciones solidarias, existen entre ellas marcadas diferencias, las mismas que reproducimos a continuación:

(1) En la obligación solidaria los deudores o los acreedores son

concurrentes, sus deudas o sus créditos coexisten; en la disyuntiva -en cambio- son excluyentes entre sí.

(2) En la obligación solidaria los acreedores son, en conjunto, propietarios del crédito; en la disyuntiva el propietario del crédito queda en principio indeterminado, siendo en definitiva el acreedor quien resulte elegido para percibir el cobro.

(3) Si en la obligación solidaria uno de los obligados paga la deuda, tiene derecho a ser reintegrado por los otros, en la medida de las cuotas-partes establecidas; en la disyuntiva no existe el reintegro de lo pagado.

(4) En la obligación solidaria, si uno de los acreedores recibe el pago de la deuda, sólo puede retener para sí la parte que le correspondía, debiendo distribuir el remanente entre los demás acreedores, de acuerdo con la cuota-parte de cada uno de ellos; en la disyuntiva, el acreedor elegido puede retener para sí todo lo percibido, pues no corresponde su distribución.

(5) En la obligación solidaria activa, cualquiera de los acreedores puede demandar al deudor para percibir el crédito, ya que todos ellos son sus titulares; en la disyuntiva activa, ningún acreedor puede demandar aisladamente el cobro de la deuda, sino que debe actuar en forma conjunta, percibiendo el crédito aquél que sea elegido por el deudor.

(6) En la obligación solidaria pasiva, los deudores pueden ser demandados en forma acumulativa o subsidiaria por el acreedor; en la disyuntiva pasiva eso no es posible, por cuanto si es demandado uno de ellos, queda extinguida la obligación para los otros, que así quedan liberados.

(3) Las obligaciones conexas.

Debe distinguirse también a las obligaciones solidarias de las obligaciones conexas.

Anota Messineo[36] que se llaman conexas (y no se identifican con las divisibles) a las obligaciones, cuando sean más de una (mientras que, en el caso de la obligación divisible, la obligación es una sola); y estén ligadas entre sí por algún nexo lógico.

Se indican -según Messineo-, entre otras, como figuras de obligaciones conexas, la de la carga de deuda ajena y la del concurso disyuntivo, en que el deudor tiene la posibilidad de escoger entre varias personas, a cuál de ellas pagar la deuda.

(4) Las obligaciones parciarias.

Los tratadistas españoles Luis Diez Picazo y Antonio Gullón[37], hacen mención a una categoría de obligaciones: las parciarias; pero no efectúan mayores precisiones al analizarlas.

Señalan los mencionados profesores que, según el artículo 1138 del Código Civil Español, el crédito o la deuda se consideran divididos en tantos créditos o deudas cuantos sean los acreedores o deudores. De acuerdo con el citado precepto legal, esta división se lleva a cabo por "partes iguales", aunque tal regla debe entenderse que tiene un puro tenor de presunción, pues los pactos entre los interesados pueden conducir a otra conclusión.

Debemos precisar que, para los autores citados, las obligaciones parciarias son distintas de las mancomunadas, las mismas que tratan con posterioridad.

Por otra parte, el profesor español Francisco de Asís Sancho Rebullida[38], distingue también a las obligaciones mancomunadas de las parciarias.

---

(36) MESSINEO, Francesco. Op. cit., Tomo IV, Página 424.
(37) DIEZ PICAZO, Luis y GULLON, Antonio. Op. cit., Volumen II, Página 191.
(38) SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís. Estudios de Derecho Civil, Tomo I, Páginas 165 y 166. Ediciones Universidad de Navarra, S.A. Pamplona, España, 1978.

Manifiesta el mencionado civilista, que la concurrencia personal en la posición subjetiva puede ser ordenada de distintos modos; en el plano de las hipótesis caben, entre otras, las obligaciones mancomunadas, de las que señala que mediante una integración absoluta y homogénea no hay titularidad ni ejercicio sin la concurrencia o actuación de todos; jurídicamente es como si el sujeto fuese una sola persona; y no aparece, ni aun en germen, la noción de cuota. A las obligaciones con tal ordenación de los varios sujetos se les ha denominado conjuntivas, unitarias, mancomunadas, o en mano común.

Por otra parte, con relación a las obligaciones parciarias, Sancho Rebullida expresa lo siguiente:

"Se descompone la obligación en tantas relaciones cuantas sean las personas integradas en la posición subjetiva, conforme al principio **concursus partes fiunt**. Son las obligaciones parciarias, **pro parte** o **pro rata**. El Código Civil las denomina mancomunadas. Criticando esta denominación legal, algunos autores entienden que 'mancomunidad' es sinónimo de 'pluralidad', género que se especifica en obligaciones mancomunadas simples -las de este apartado- y mancomunadas solidarias -las del siguiente-. Empero, el término 'mancomunidad' no sólo evoca pluralidad de sujetos, sino también titularidad y actuación conjunta."

Sin embargo, el profesor italiano Alberto Trabucchi[39] considera a las obligaciones parciarias como sinónimas de las obligaciones mancomunadas, y las trata por oposición a las obligaciones solidarias.

Señala el citado tratadista, que en las obligaciones con varios sujetos, siendo la prestación divisible, deberá distinguirse según que el deber de cumplirla incida sobre cada uno de los obligados **pro rata**, o bien sobre cualquiera de ellos **pro toto**. Correspondientemente, siendo varios los acreedores, puede reconocerse el derecho de exacción a favor de cada uno de ellos por

(39) TRABUCCHI, Alberto. Op. cit., Tomo II, Página 29.

su parte, o a favor de cualquiera por entero. La obligación se llama parciaria (mancomunada) -precisa Trabucchi-, cuando todos tienen únicamente una obligación o derecho proporcional a su participación en el vínculo obligacional; se dice que la obligación es solidaria activa cuando existiendo varios acreedores cada uno de ellos tiene derecho a exigir la totalidad de la prestación (**singulis solidum debetur**) y, por el contrario, la solidaridad será pasiva cuando cualquiera de los deudores venga obligado a cumplir la prestación **pro toto** (**singulis solidum debent**).

De todo lo expuesto, si algo queda claro es que el concepto de obligaciones parciarias es ciertamente novedoso, pero también dudoso, no habiendo consenso acerca de si son o no sinónimas de las obligaciones mancomunadas. Por tal razón, su regulación legislativa en nuestro país devendría en inoportuna y prematura.

(5) Las obligaciones parciales.

Messineo[40] hace referencia al tema de las obligaciones parciales, pero de su lectura podríamos interpretar que éstas no son cosa distinta a las obligaciones mancomunadas.

Señala Messineo que -como contraposición de la obligación solidaria-, la obligación parcial (llamada también por cuotas) comporta que, siendo varios los sujetos (activos o pasivos), cada uno de ellos puede pedir válidamente la propia parte de la prestación o, respectivamente, realizar la propia parte de la prestación: en este segundo caso, con efecto liberatorio.

Agrega el citado tratadista italiano que un ejemplo nos lo da el co-seguro, respecto de los diversos co-aseguradores.

Por último, el referido profesor precisa que otra cosa es, como se sabe, el cumplimiento parcial, o por cuotas, por parte del único deudor; es diversa de la obligación solidaria y de la obliga-

(40) MESSINEO, Francesco. Op. cit., Tomo IV, Página 415.

ción parcial (donde entran, en el nexo obligatorio, varios sujetos activos o pasivos), la obligación con un solo sujeto activo y con un solo sujeto pasivo (subjetivamente simple).

– *Jurisprudencia peruana del artículo 1175.*

Con relación al tema tratado por el artículo 1175 del Código Civil de 1984, tenemos la siguiente Ejecutoria Suprema:

"La apelación de uno de los fiadores solidarios no significa que se ha hecho valer en parte, pues, por la naturaleza de la obligación, ésta es indivisible." Ejecutoria del 12 de diciembre de 1973. Revista de Jurisprudencia Peruana, Número 361, 1974, Página 177. (Artículo 1208 del Código Civil de 1936).

– *Concordancias nacionales.*

Transacción, artículo 1310 del Código Civil / Cláusula penal indivisible, artículo 1348 del Código Civil / Beneficio de la división; fianza, artículo 1886 del Código Civil / Indivisibilidad de las acciones, artículo 104 de la Ley General de Sociedades.

OBLIGACIONES INDIVISIBLES	OBLIGACIONES SOLIDARIAS
(2) EXIGIBILIDAD DEL CUMPLIMIENTO TOTAL DE LA PRESTACION.	
Artículo 1176, *primer párrafo.- "Cualquiera de los acreedores puede exigir a cualquiera de los deudores la ejecución total de la obligación indivisible."*	**Artículo 1186**.- *"El acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios, o contra todos ellos simultáneamente.* *Las reclamaciones entabladas contra uno, no serán obstáculo para las que posteriormente se dirijan contra los demás, mientras no resulte pagada la deuda por completo."*

– *Fuentes nacionales del artículo 1176.*

Dentro de la legislación colonial, podemos mencionar a las *Partidas*, Ley 9, Título XXXI, Partida Tercera: "**Si después de tal otorgamiento como este, se muriesse aquel a quien fuesse fecho, maguer dexasse muchos herederos, cada uno dellos puede demandar** (toda la obligación que no se puede partir). **E porende, non podría cada uno demandar su parte apartadamente.**"

Ya dentro de la República, el artículo 1176 del Código Civil vigente no registra antecedentes en el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836*; en el *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836;* en el *Código Civil de 1852;* ni en el *Proyecto de Código Civil de 1890.*

El *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925*, regula el tema en su artículo 158: "Cualquiera de los acreedores puede exigir en su totalidad la ejecución de la obligación indivisible. El deudor o los deudores, en su caso, quedarán desobligados pagando a todos los acreedores conjuntamente, o a alguno de ellos bajo de fianza."; mientras que el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926*, lo hace en el numeral 150: "Cualquiera de los acreedores puede exigir en su totalidad la ejecución de la obligación indivisible. El deudor o los deudores, en su caso, quedarán desobligados pagando a todos los acreedores conjuntamente, o a alguno de ellos bajo de fianza para los efectos del artículo siguiente."; el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936*, en el artículo 1193: "Cualquiera de los acreedores puede exigir en su totalidad la ejecución de la obligación indivisible. El deudor quedará desobligado pagando a todos los acreedores conjuntamente, o a alguno de ellos bajo de fianza."; y el *Código Civil de 1936* en el artículo 1203: "Cualquiera de los acreedores puede exigir en su totalidad la ejecución de la obligación indivisible. El deudor quedará desobligado pagando a todos los acreedores conjuntamente o a alguno de ellos bajo fianza."

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973*, trató el tema en el artículo 48: "Cada uno de los acreedores puede exigir la ejecución de la prestación indivisible entera. Sin embargo, el heredero del acreedor, que acciona para la satisfacción de la totalidad del crédito, debe dar fianza en garantía de los coherederos."; mientras que el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980,* lo hizo en el artículo 55: "Cualquiera de los acreedores puede exigir a cualquiera de los deudores la ejecución total de la obligación indivisible. El deudor quedará liberado pagando conjuntamente a todos los acreedores, o a alguno de ellos, si éste garantiza a los demás el reembolso de la parte que les corresponda en la obligación."; el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981,* en el artículo 1197: "Cualquiera de los acreedores puede exigir a cualquiera de los deudores la ejecución total de la obligación indivisible. El deudor quedará liberado pagando conjuntamente a todos los acreedores, o a alguno de ellos, si éste garantiza a los demás el reembolso de la parte que les corresponda en la obligación."; y, finalmente, el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984,* en el artículo 1144: "Cualquiera de los acreedores puede exigir a cualquiera de los deudores la ejecución total de la obligación indivisible. El deudor queda liberado pagando conjuntamente a todos los acreedores, o a alguno de ellos, si éste garantiza a los demás el reembolso de la parte que les corresponda en la obligación."

– Fuentes y concordancias extranjeras.

Coinciden con el artículo 1176 del Código Civil Peruano, entre otros, los Códigos Civiles Costarricense de 1888 (artículo 664, primera parte -similar a la primera parte del artículo 1176 Peruano-), Proyecto de Código Civil Colombiano (artículo 441), Uruguayo (artículos 1384, primer párrafo, y 1385, primer párrafo), Venezolano de 1942 (artículo 1254), Venezolano de 1880 (artículo 1151), Chileno (artículo 1527), Ecuatoriano (artículo 1570), Boliviano de 1831 (artículo 814), Proyecto de Código Civil Brasileño de 1975 (artículo 258), Paraguayo de 1987 (artículo 501), Guatemalteco de 1973 (artículo 1377), Argentino (artículo 686), Código Civil de la República Socialista Federativa Soviética de Rusia de 1922 (artículo 116, primera parte), Egipcio (artículo 172), Código Civil de la República de China de 1930 (artículo 292) y Suizo de las Obligaciones (artículo 70 -agregando este último la salvedad de que se haya pactado que debe pagarse a todos en común-).

Debemos señalar, por otra parte, que el Código Civil de la Provincia de Québec (artículo 1126) dispone que a pesar de que

la obligación no haya sido contraída de manera solidaria, quienes hayan contraído una deuda indivisible deben responder cada uno de ellos por el total.

El Código Civil de la República de China de 1930 (artículo 293) prescribe que en caso de una prestación indivisible, cada acreedor no puede demandar la prestación más que por la totalidad del crédito. Bajo reserva de esto, los hechos entre los acreedores y el deudor no producen efectos en beneficio ni en contra de los otros acreedores.

El Código Civil Venezolano de 1880 (artículo 1152) y el Código Civil Venezolano de 1942 (artículo 1255) preceptúan que cada uno de los herederos del acreedor puede exigir el total cumplimiento de la obligación indivisible, con el cargo de dar una fianza conveniente para la seguridad de los otros coherederos, pero no puede remitir sólo la deuda íntegra ni recibir el precio en lugar de la cosa; agrega que si uno solo de los herederos ha remitido la deuda o recibido el precio de la cosa, el coheredero no puede pedir la cosa indivisible, sino abonando la parte del coheredero que ha hecho la remisión o recibido el precio.

El Código Civil Chileno (artículo 1530) y el Código Civil Ecuatoriano (artículo 1573) señalan que, demandado uno de los deudores de la obligación indivisible, podrá pedir un plazo para entenderse con los demás deudores, a fin de cumplirla entre todos; a menos que la obligación sea de tal naturaleza que él sólo pueda cumplirla, pues en tal caso, podrá ser condenado, desde luego, al cumplimiento total, quedando a salvo su acción contra los demás deudores para la indemnización que le deban.

En el mismo orden de ideas se ubica el Proyecto de Código Franco-Italiano de las Obligaciones y Contratos de 1927 (artículo 164), señalando que el deudor asignado para el pago de la totalidad de la obligación puede solicitar un plazo para ponerlo en conocimiento a sus codeudores, a menos que la deuda pueda ser únicamente cumplida por el deudor señalado, sin recurso contra sus codeudores.

Por su parte, el Código Civil Alemán (artículo 432) establece que si varios han de exigir una prestación indivisible, siempre que no sean acreedores solidarios, el deudor sólo puede efectuar la prestación a todos en común y cada acreedor sólo puede exigir la prestación a todos. Cualquier acreedor puede exigir que el deudor consigne para todos los acreedores la cosa debida o, si no es apropiada para la consignación, que se la entregue a un depositario a designar judicialmente.

– Fuentes nacionales del artículo 1186.

Dentro de la legislación colonial, podemos mencionar, en lo referente a la opción del acreedor entre plantear una acción individual o una conjunta, a la Ley de las *Siete Partidas*, Ley 8, Título XII, Partida Quinta.

En la República, este precepto no registra antecedentes en el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836.*

El *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836* trata el punto en sus artículos 797: "El acreedor de una obligación contraída **in solidum**, puede dirigirse contra el que quiera de sus deudores, sin que el elegido pueda oponerle el beneficio de la división."; y 798: "El acreedor que persigue a alguno de sus deudores, puede proceder del mismo modo contra los demás."; en tanto que el *Código Civil de 1852*, lo hace en el artículo 1293: "Es solidaria o mancomunada una obligación entre deudores, cuando puede exigirse su cumplimiento de cualquiera de ellos."; y el *Proyecto de Código Civil de 1890*, en los artículos 1548: "El acreedor que tiene varios deudores solidarios, puede exigir de todos conjuntamente, o de cualquiera de ellos, que cumplan la obligación por entero. Sucede lo mismo, cuando hay más de un acreedor; pues entonces cualquiera de ellos, o todos juntos pueden exigir de cualquiera deudor o de todos los deudores a la vez, que se cumpla por entero la obligación."; y 1549: "El acreedor que tiene varios deudores solidarios, puede exigir de cualquiera de ellos la parte que a éste corresponda, o sea el cociente de toda la deuda partida por el número de deudores."

Por otra parte, el *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925,* lo hizo en su artículo 169: "El acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente. Las reclamaciones entabladas contra uno no serán obstáculo para las que posteriormente se dirijan contra los demás, mientras no resulte cobrada la deuda por completo."; mientras que el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926*, trataba el punto en el numeral 160: "El acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente. Las reclamaciones entabladas contra uno no serán obstáculo para las que posteriormente se dirijan contra los demás, mientras no resulte cobrada la deuda por completo."; el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936*, lo hacía en el artículo 1203: "El acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios, o contra todos ellos simultáneamente. Las reclamaciones entabladas contra uno no serán obstáculo para las que posteriormente se dirijan contra los demás, mientras no resulte cobrada la deuda por completo."; y el *Código Civil de 1936*, en el artículo 1213: "El acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente. Las reclamaciones entabladas contra uno, no serán obstáculo para las que posteriormente se dirijan contra los demás, mientras no resulte cobrada la deuda por completo."

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973*, trataba el tema en el artículo 56: "El acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente.- Las reclamaciones entabladas contra uno, no serán obstáculo para las que posteriormente se dirijan contra los demás, mientras no resulte cobrada la deuda por completo."; en tanto que el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980*, lo hacía en el numeral 65: "El acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente.- Las reclamaciones entabladas contra uno, no serán obstáculo para las que posteriormente se dirijan contra los demás, mientras no resulte pagada la deuda por completo."; el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981*, en el artículo 1207: "El acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente.- Las reclamaciones entabladas contra uno, no serán obstáculo para las que posteriormente se dirijan contra los demás, mientras no resulte pagada la deuda por completo."; y el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984*, en el numeral 1154: "El acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente.- Las reclamaciones entabladas contra uno, no serán obstáculo para las que posteriormente se dirijan contra los demás, mientras no resulte pagada la deuda por completo."

– Fuentes y concordancias extranjeras.

Coinciden con el artículo 1186 del Código Civil Peruano, entre otros, los Códigos Civiles Portorriqueño de 1930 (artículo 1097), Hondureño de 1906 (artículos 1403 y 1404), Francés (artículos 1203 y 1204), Panameño (artículo 1031), Costarricense de 1888 (artículo 640 -similar al primer párrafo del artículo 1186 Peruano-), el Proyecto de Código Civil Colombiano (artículo 433 -similar al primer párrafo del artículo 1186 Peruano-, agregando que a su arbitrio puede el acreedor exigir la prestación de cualquiera de los deudores en su totalidad o en una parte y que hasta el pago de todos los deudores se encuentran obligados solidariamente), Chileno (artículos 1514 y 1515), Boliviano de 1976 (artículo 437, inciso 1), Ecuatoriano (artículos 1557 y 1558), Venezolano de 1942 (artículo 1226), Venezolano de 1880 (artículo 1135), Uruguayo (artículo 1398, inciso 1, que agrega que los efectos de la solidaridad pasiva son: que el acreedor tiene el derecho de pedir la totalidad del crédito al deudor que eligiere, el cual estará obligado a pagarlo por entero), Anteproyecto de Código Civil Boliviano de Angel Ossorio y Gallardo de 1943 (artículo 748), Español (artículo 1144), Paraguayo de 1987 (artículo 512), Guatemalteco de 1973 (artículo 1357), Cubano de 1988 (artículo 249), Argentino (artículo 705 -disponiendo además que si hubiesen reclamado sólo la parte o de otro modo hubiesen consentido en la división respecto a un deudor, podrán reclamar el todo contra los demás, con deducción de la parte del deudor liberado de la solidaridad-),

Alemán (artículo 421: si varios adeudan una prestación de forma que cada una está obligado a efectuar toda la prestación, pero el acreedor está facultado para exigir la obligación sólo una vez [deudores solidarios], dicho acreedor puede -a su voluntad- exigir la prestación de cualquier de los deudores en su totalidad o en una parte; en tanto que hasta la ejecución de toda la prestación quedan obligados todos los deudores); el Código Etíope (que adicionalmente establece en la primera parte del artículo 1897 que el acreedor puede elegir a uno o todos los deudores la ejecución íntegra o parcial de la obligación, concordando así con el segundo párrafo del artículo 1186 del Código Civil Peruano, siendo el artículo 1898 similar al segundo párrafo de nuestro Código), Helénico (artículos 481 y 482), Egipcio (artículo 165 -que preceptúa además que "El acreedor puede demandar separada o simultáneamente, salvo que los deudores se hallen obligados bajo término, plazo o condición"-) Proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones y Contratos de 1927 (artículo 133 -similar al segundo párrafo del artículo 1186 Peruano-); aunque en similares términos, el Código de la República de China de 1930 preceptúa en su artículo 273 que: "El acreedor de una deuda solidaria puede exigir la prestación en su totalidad o en parte de uno, algunos o todos los deudores, simultánea o sucesivamente. Los deudores permanecen todos obligados solidariamente en tanto que la deuda no se pague totalmente."; el Código de la Provincia de Québec (artículos 1100, 1107 y 1108), y el Código Suizo de las Obligaciones (artículos 144 y 148), el que regula novedosamente las relaciones entre los codeudores señalando que: "Si lo contrario no resulta de sus obligaciones, cada uno de los deudores solidarios debe tomar a su cargo una parte igual al pago hecho al acreedor. Aquel que paga más allá de su parte, tiene que accionar contra los otros por el exceso. Aquello que no puede recuperarse de uno de ellos se reparte en partes iguales entre los otros."

Por su parte, el Código Civil Egipcio (artículo 161), dispone que los acreedores son solidarios cuando la convención que crea la obligación les otorga el mandato recíproco para recibir, siguiéndose las reglas del mandato.

– Análisis.

Como una obligación de prestación indivisible debe ser ejecutada íntegramente, y no podrá serlo de otra manera, resulta consecuencia lógica de este principio, el hecho de que cualquiera de los acreedores pueda exigir a cualquiera de los deudores la ejecución (se entiende íntegra) de la prestación, tal como es prescrito por el primer párrafo del artículo 1176 del Código Civil Peruano. Pero debe tenerse en cuenta que también podría exigirla a todos conjuntamente, como lo establece el artículo bajo comentario, o solamente a algunos de ellos y a otro u otros no, supuestos que a pesar de no estar comprendidos de manera explícita dentro del artículo 1176, se entienden admitidos por la razón.

Este es uno de los puntos de concordancia entre las obligaciones indivisibles y las obligaciones solidarias. El precepto contiene uno de los efectos naturales de la indivisibilidad, ya que la prestación no puede fraccionarse, ni sería susceptible de cumplirse por partes. Sin embargo, como señala Héctor Lafaille[1], en las prestaciones de no hacer el único responsable es el deudor que faltó al deber de abstención, en la misma medida en que el pago es eficaz aunque provenga de un solo obligado.

Alterini, Ameal y López Cabana[2] señalan que en virtud de la naturaleza de la prestación que es contenido de la obligación indivisible, cualquiera de los acreedores originarios, o quienes lo sean por sucesión o por contrato, puede exigir a cada uno de los codeudores o sus herederos, el cumplimiento íntegro de la obligación indivisible. Agregan que la exigibilidad total del crédito por cualquiera de los acreedores a cualquiera de los deudores, se fundamenta en la índole de la prestación debida, que no admite fraccionamiento, con prescindencia de la voluntad de las partes; y precisan, además, que en la obligación indivisible cualquiera de los codeudores debe pagar, y cualquiera de los coacreedores

---

(1) LAFAILLE, Héctor. Op. cit., Tomo VI, Volumen I, Página 205.
(2) ALTERINI, Atilio Aníbal, AMEAL, Oscar José y LOPEZ CABANA, Roberto M. Op. cit., Tomo II, Páginas 200 y 201.

está facultado para percibir la integridad del crédito, razón por la cual el pago efectuado por uno de los deudores propaga sus efectos, cancelando la obligación para todos los demás, que quedan liberados respecto del acreedor, estando todo codeudor facultado para pagar a cualquiera de los coacreedores. Similares conceptos expresa Borda[3], cuando sostiene que la solución anotada no podría ser de otra manera, pues las obligaciones indivisibles no son susceptibles de pago parcial.

Cabe señalar que el Código Civil Peruano, a través del artículo 1176, no ha recogido el denominado "principio de prevención", a través del cual, si un acreedor hubiese planteado previamente una demanda contra quien efectúa el pago a otro acreedor, dicho pago sería inválido. Sobre este particular Eduardo B. Busso[4] establece que, dentro del principio o derecho de prevención, el acreedor que demanda el pago evita que el deudor pague el crédito a cualquiera de los coacreedores, fundamentándose históricamente este derecho vinculado al efecto novatorio de la **litis contestatio**, cuando la primera demanda transformaba el derecho de crédito en un derecho emanado del cuasi contrato procesal que la **litis contestatio** implicaba, fundamento que hoy en día carece de eficacia, a pesar de admitirse la existencia de otras razones valederas que lo sustentan. Así, en opinión de Busso, si los derechos de varios acreedores son equivalentes, se considera justo dar preferencia al que haya demostrado mayor diligencia; mientras que, por otra parte, un acreedor puede tener interés en evitar que un compañero insolvente cobre todo el crédito, punto para el cual la prevención es una garantía en ese sentido. El propio Busso señala, respecto de la naturaleza jurídica de la prevención, que ésta importa, por parte del acreedor que la ejerce, algo así como una toma de posesión del crédito común, siendo semejante, en cuanto impide cualquier acto de disposición por parte de los otros acreedores, a un embargo que inmoviliza el crédito en favor del acreedor preveniente, y añade que bajo uno u otro aspecto, la prevención funciona como una garantía, que en palabras

(3) BORDA, Guillermo A. Op. cit., Tomo I, Páginas 448 y 449.
(4) BUSSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo IV, Páginas 618 y 619.

de Demolombe se podría graficar como si el acreedor demandante pensara que "más vale tener que correr."

Agrega Busso[5] que, promovida la demanda y notificada al deudor, no podría éste hacer pago de la deuda a otro de los acreedores, ya que este pago no sería liberatorio. En tal sentido -añade-, la regla indicada es absoluta, lo que significa que el deudor no podría hacer ni siquiera pagos parciales a los acreedores no demandantes, por la parte que a ellos correspondiera en el crédito, porque el acreedor que lo demandó ha reclamado el todo y no incumbe al deudor inmiscuirse en la forma en que los titulares deban repartirse el crédito. Cita el tratadista el caso de varios acreedores de una obligación indivisible (o todos ellos) que hubiesen promovido demanda y pretendiesen hacer valer en su beneficio el principio de la prevención; apunta que la mayoría de los autores tratan este caso con relación a los acreedores solidarios, siendo sus soluciones las siguientes: (a) si todas las demandas son notificadas a un mismo tiempo (sea que se trate de demanda promovida conjuntamente por todos, o de demandas individualmente incoadas), no se opera prevención en favor de ninguno. El deudor recupera su derecho de liberarse pagando a cualquiera de los acreedores; conserva su opción en ese sentido; (b) si una demanda es notificada antes que las otras, el deudor debe pagar al acreedor que ha prevenido con su notificación. Busso no comparte esta opinión, por considerar que la prevención es una garantía del interés individual de cada acreedor frente a sus compañeros, por lo que no convence la idea de una oposición a que el deudor pague a alguno de los otros acreedores, y considera que no cabe decir que varias oposiciones se neutralizan recíprocamente por el hecho de acumularse, pues si todos los acreedores han prevenido, cada uno se ha opuesto a que se pague a los demás, y la solución lógica es que el deudor pague a todos en conjunto o bien con intervención de todos; situación que Busso hace extensiva para el caso de que la prevención de todos los acreedores haya sido simultánea, y también para el supuesto de demandas sucesivas, caso en el cual, si después de la demanda de un primer

(5) BUSSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo IV, Página 620.

acreedor, pero antes del pago, se recibe una segunda demanda, el deudor no deberá pagar al primer demandante, sin intervención del segundo, que en definitiva ha venido a deducir una oposición al pago y lo ha hecho en tiempo oportuno, ya que lo ha hecho antes del pago; todo esto sin perjuicio de que, según las leyes procesales, la demanda del segundo acreedor deba acumularse a la promovida por el primero; pero agrega Busso que en esa condición, el segundo acreedor tiene derecho a hacerse parte en ese juicio, a intervenir en la prueba -si fuese el caso-, etc.

Por su parte, De Gásperi[6] establece, empleando expresiones de Dumoulin y de Pothier, que el deudor de una obligación indivisible responde **in totum** (cumplimiento íntegro), al paso que el deudor solidario responde **totaliter** (la totalidad del objeto, la deuda por entero, el todo), de donde se sigue que la obligación solidaria se divide entre los herederos de las partes, o, en otros términos, que la solidaridad no ofrece obstáculos a la división de la deuda entre los herederos del deudor solidario, al paso que la obligación indivisible conserva su carácter respecto de los herederos, cada uno de los cuales queda obligado por el cumplimiento íntegro de la deuda indivisible; de donde se puede concluir que la indivisibilidad es, en este extremo, como observa Van Wetter, más fuerte que la solidaridad.

En adición a lo señalado, De Gásperi[7] agrega que ello es así porque el coacreedor de una obligación indivisible no es dueño de todo el crédito.

Busso[8] enseña que de la obligación indivisible se sigue una consecuencia respecto de las relaciones de los deudores entre sí: pendiente la obligación, cualquiera de ellos podría reclamar la adopción de medidas precautorias cuando la conducta de uno de sus compañeros creara el peligro de incumplimiento.

(6) DE GASPERI, Luis. Op. cit., Tomo II, Página 139.
(7) DE GASPERI, Luis. Op. cit., Tomo II, Página 140.
(8) BUSSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo IV, Página 618.

Podemos decir, siguiendo al citado tratadista argentino[9], que en las obligaciones solidarias, la exigibilidad total de la obligación deriva de la voluntad o de la ley; en tanto que en las obligaciones indivisibles, usualmente deriva de la naturaleza de la prestación; en las primeras, si no existiera una expresa manifestación de voluntad o una disposición de la ley, la obligación sería simplemente mancomunada y debería dividirse entre acreedores y deudores; a diferencia de las segundas, que no pueden dividirse porque el objeto de la prestación no es susceptible de división ni de cumplimiento parcial; señala Busso que ésta es la distinción fundamental entre unas y otras obligaciones.

En la obligación solidaria cada uno de los codeudores puede ser constreñido por la totalidad, sin que tenga el recurso de pretender imponer al acreedor un pago parcial por su parte; el beneficio de la división se le rehúsa a los codeudores solidarios, de suerte que cada uno de ellos está expuesto a hacer el anticipo del monto íntegro de la deuda y a que el pago así efectuado libere, por lo menos con relación al acreedor, a todos los codeudores. Los codeudores solidarios lo son **in solidum**, por el todo. Como enseña León Barandiarán[10]: "No debe, en efecto, olvidarse que la solidaridad pasiva es un beneficio de que disfruta el acreedor que tiene ante sí a una pluralidad de deudores, cada uno por el todo; de suerte que a su arbitrio puede escoger a uno, a algunos, o a todos, para exigir el pago. La elección la podrá hacer, por ejemplo, escogiendo al deudor que sea más solvente, o cuya deuda esté garantizada."

Esta doctrina es consecuencia lógica de la idea de la unidad de objeto o de prestación que caracteriza a la solidaridad pasiva.

Cabe advertir que en el Derecho Romano Clásico, cuando el acreedor dirigía su acción contra uno de los codeudores solidarios, no podía después hacerlo contra los otros; se entendía que la **litis contestatio** trabada con el deudor demandado, producía la

(9) BUSSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo IV, Páginas 89 y 90.
(10) LEON BARANDIARAN, José. Op. cit., Tomo II, Páginas 135 y 136.

novación de la obligación primitiva y, por consiguiente, extinguía la obligación de los codeudores. En el sistema del Derecho Romano Clásico, el acreedor se colocaba en la necesidad de hacer una elección definitiva del deudor al tiempo de promover su acción, cuando todavía no conocía la solvencia del elegido; si el deudor elegido resultaba insolvente, el acreedor debía soportar el perjuicio. Este sistema se prestaba, por lo tanto, a colusiones entre los codeudores, quienes procuraban engañar al acreedor sobre la solvencia de uno de ellos.

Por otra parte, a decir de Luis De Gásperi[11], en el Derecho Romano, cada uno de los **correi stipulandi** era considerado individualmente como acreedor único que obraba por su sola cuenta; de tal manera que, en sus relaciones con el deudor, no sólo podía demandar el pago de la totalidad del crédito, sino también disponer de él por remisión o por otra manera, de suerte que, extinguido de cualquier modo el crédito en la persona de uno de ellos, se le reputaba igualmente extinguido respecto de los otros; y en sus relaciones con sus coacreedores, el que había recibido la totalidad del crédito no quedaba obligado a partirlo con los otros, sin perjuicio para éstos del derecho a demandar su parte, fundados en una convención o la comunidad de sus intereses, como la que nace de la sociedad.

Anota el citado profesor paraguayo que Justiniano modificó esta doctrina y estableció que, no obstante la persecusión contra uno de los codeudores solidarios, el acreedor conservaba el derecho de dirigir su acción contra los otros.

De Gásperi[12] recuerda que el antiguo Derecho Francés siguió esta doctrina, según puede verse en Pothier; precisa que Laurent, sin embargo, estima que el antiguo Derecho trató de separarse del rigor romano. En tal sentido, se presumía la sociedad entre los acreedores solidarios, teniendo cada uno de ellos la acción **pro socio** o la acción **communi dividundo** contra el que había recibido el pago, pero, según De Gásperi, Demolombe sostenía que otra muy distinta es la moderna doctrina francesa, en la que cada acreedor solidario debe ser considerado individualmente, como si fuera único.

(11) DE GASPERI, Luis. Op. cit., Tomo II, Página 68.
(12) DE GASPERI, Luis. Op. cit., Tomo II, Página 68.

El Código Civil Peruano de 1984 no exige que se compruebe o declare la insolvencia del codeudor demandado, como condición necesaria para demandar a los otros. La doctrina contraria fue severamente criticada por Bibiloni en su Anteproyecto de Reforma al Código Civil Argentino de 1929, por considerar que dicha exigencia resultaba sumamente compleja, y con una probanza que puede llegar a ser sumamente laboriosa, alimentando un incidente en que se puede refugiar la mala fe; y agregaba Bibiloni[13] -en criterio que compartimos plenamente-, que basta con el incumplimiento de la obligación por efecto de la demanda, para justificar la acción contra los demás codeudores. Eduardo B. Busso[14] también critica el principio antes descrito, señalando que muchas veces impide, en la práctica, que el acreedor haga efectivo su crédito, ya que generalmente tal prueba es de difícil producción y su demora puede permitir que los demás codeudores solidarios caigan a su vez en insolvencia; anota, por otra parte, que la circunstancia de sobrevenir la insolvencia, entorpece la acción del acreedor, cuando lo lógico es facilitarla, dado que demuestra ser más necesaria que nunca la garantía que la solidaridad debe brindar al acreedor; considera esta limitación al derecho del acreedor como un absurdo, ya que éste hubiera visto mejor garantizado su crédito, en muchos casos, sin la solidaridad de la deuda. Así, Busso, siguiendo a Saleilles, observa que la razón de la solidaridad pasiva es la de aumentar la garantía del acreedor de hacer efectivo su crédito, pues tiene el derecho de elegir entre muchos deudores al más solvente, siendo la demanda el mejor medio de conocer la solvencia, de éste; y añade que si se obliga al acreedor a hacer una elección definitiva antes de iniciarla, se le expone a sorpresas peligrosas, ajenas en absoluto al fin de la solidaridad. Acota el citado autor argentino que dentro de los sistemas que exigen la

(13) Citado por DE GASPERI, Luis. Op. cit., Tomo II, Página 76.
(14) BUSSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo IV, Páginas 132 y 133.

prueba de la insolvencia -entre los que no se encuentra, como hemos dicho, el Código Civil Peruano de 1984-, los gastos ocasionados con motivo de la demanda que dio por resultado comprobar la insolvencia del deudor, son de cargo de todos los deudores de manera solidaria.

Ratificando el principio peruano a este respecto, el Doctor Jorge Eugenio Castañeda[15] señala que es lícito que el acreedor pueda dirigir su acción contra todos los deudores solidarios conjuntamente, o escoger dentro de todos los deudores a alguno o a algunos. A decir de Llambías[16], de esta forma el acreedor queda a cubierto de la insolvencia del deudor, pues siempre podrá dirigir su acción por el todo contra alguno de los obligados que sea solvente; pudiendo, incluso, acumular su pretensión contra el deudor que él elija, sin necesidad de dividir el crédito, lo que le representa una evidente facilidad de cobro[17].

En el Derecho moderno, si el acreedor ha cobrado la deuda íntegramente a cualquiera de los deudores, no podrá ya exigir el pago de ella a los otros. Si el acreedor ha obtenido sólo un pago parcial, no podrá dirigir su acción contra los otros codeudores solidarios sino con deducción de la parte cobrada. Si el acreedor hubiese demandado a un deudor sólo por su parte, no existiría inconveniente para que después promueva acción contra todos los demás codeudores solidarios. Habrá, en este caso, de parte del acreedor, una renuncia tácita a la solidaridad respecto al deudor demandado.

El motivo que pudiera (n) tener el (los) acreedor (es) para demandar solamente a alguno o a algunos de los deudores y no a todos, podría basarse en que alguno de ellos tenga una conocida insolvencia y demandarlo sería inútil en cuanto a resultados prácticos, por lo que no hacerlo evita trámites innecesarios.

(15) CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Op. cit., Tomo I, Página 257.
(16) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo II - A, Página 509.
(17) Ver también a este respecto ALTERINI, Atilio Aníbal, AMEAL, Oscar José y LOPEZ CABANA, Roberto M. Op. cit., Tomo II, Páginas 217 y 218.

En opinión de Giorgi[18], todo esto se precisa para eludir los equívocos que pudieran derivar del uso inoportuno de las antiguas reglas y doctrinas, pues habiéndose convertido en precepto legal, el principio de la no existencia del beneficio de división entre los deudores, no da lugar a controversias en el Derecho moderno.

A pesar de que el artículo 1186 del Código Civil Peruano de 1984 no se encuentra dentro de las normas relativas a las obligaciones solidarias que serán de aplicación a las obligaciones indivisibles (artículo 1181), las consecuencias establecidas por el citado artículo 1186 para las obligaciones solidarias, son muy similares a aquellas previstas por el numeral 1176 respecto de las obligaciones indivisibles.

En ambos casos, ninguno de los codeudores se liberará si es que no se hubiese ejecutado íntegramente la prestación, ya que la ejecución íntegra de la misma será consecuencia tanto de la indivisibilidad, como de la solidaridad. Resulta evidente, además, que el acreedor o los acreedores podrían dirigirse contra cualquiera de los deudores, mientras no se haya pagado la totalidad de la prestación, tanto en la solidaridad, como en la indivisibilidad, puesto que en ambos casos el deudor o deudores se encuentran obligados por el íntegro. Consecuencia de ello es que mientras no se pague el íntegro, se sigue obligado. Sin embargo, cabe anotar que una diferencia fundamental, respecto del pago en las obligaciones indivisibles y en las solidarias, es que en las primeras el deudor que paga a uno de los acreedores se libera si éste garantiza a los demás el reembolso de las partes que les correspondan. Este requisito no es establecido por el numeral 1186, relativo a las obligaciones solidarias. Esta situación se basa -remotamente- en la ya superada Teoría de la Representación, la misma que es reseñada por el Doctor León Barandiarán[19].

De lo antes expuesto puede deducirse, además, otra importante conclusión: si la obligación fuese indivisible y solidaria, se

(18) GIORGI, Giorgio. Op. cit., Volumen I, Página 136.
(19) LEON BARANDIARAN, José. Op. cit., Tomo II, Páginas 127 a 131.

aplicará el artículo 1186 y no el artículo 1176, en virtud de lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 1181 del propio Código Civil.

– *Concordancias nacionales del artículo 1176.*

Pago de obligaciones solidarias, artículo 1185 del Código Civil / Exigibilidad del acreedor en caso de solidaridad pasiva, artículo 1186 del Código Civil.

– *Jurisprudencia peruana del artículo 1186.*

En relación al tema regulado por el artículo 1186, registramos las siguientes Ejecutorias Supremas:

I.- "Reconocida la deuda paterna por los hijos, en forma solidaria, ella puede ser exigida conjuntamente a todos los deudores, o a uno solamente." Ejecutoria del 7 de septiembre de 1929. "La Prensa", 10 de septiembre de 1929. (Artículo 1213 del Código Civil de 1936).

II.- "Es efecto fundamental de las obligaciones solidarias el derecho del acreedor de exigir el pago total de cualquiera de los deudores, pudiendo, con ese objeto, demandar a todos ellos simultáneamente o en forma sucesiva mientras no resulte cobrada la deuda por completo. Artículo 1213 del Código Civil." Ejecutoria del 25 de mayo de 1984. "El Peruano", Número 13536 del 9 de julio de 1984. (Artículo 1213 del Código Civil de 1936).

– *Concordancias nacionales del artículo 1186.*

Derechos del acreedor de obligaciones indivisibles, artículo 1176 del Código Civil.

(3) PAGO.

Artículo 1176, *segundo párrafo.- "El deudor queda liberado pagando conjuntamente a todos los acreedores, o a alguno de ellos, si éste garantiza a los demás el reembolso de la parte que les corresponda en la obligación."*

Artículo 1185.- *"El deudor puede efectuar el pago a cualquiera de los acreedores solidarios aun cuando hubiese sido demandado sólo por alguno."*

– *Fuentes nacionales del artículo 1185.*

Dentro de la legislación colonial, podemos mencionar, en lo referente al caso de demanda interpuesta por uno de los acreedores solidarios, a la *Ley de las Siete Partidas*, Ley 5, Título XIV, Partida Quinta.

El artículo 1185 del Código Civil vigente no registra antecedentes en el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836;* ni en el *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836.*

El *Código Civil de 1852* trataba el tema en su artículo 1291: "El responsable de una obligación a favor de acreedores solida-

rios, queda libre cumpliéndola con cualquiera de ellos."; en tanto que el *Proyecto de Código Civil de 1890*, lo hacía en el artículo 1556: "Un deudor mancomunado solidariamente puede cumplir su obligación con cualquiera de los acreedores, si antes no ha sido demandado por alguno de ellos, y cumplida con uno, queda extinguida la obligación respecto de todos; pero si ha sido demandado por algún acreedor, con éste debe cumplirse la obligación."

Por su parte, el *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925,* regulaba el particular en su artículo 168: "El deudor puede pagar la deuda a cualquiera de los acreedores solidarios; pero si hubiera sido judicialmente demandado por alguno, a éste deberá hacer el pago."; en tanto que el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926*, lo hacía en el artículo 159: "El deudor puede pagar la deuda a cualquiera de los acredores solidarios; pero si hubiera sido judicialmente demandado por alguno, a éste deberá hacer el pago."; el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936,* en el artículo 1202: "El deudor puede pagar la deuda a cualquiera de los acreedores solidarios; pero si hubiese sido demandado por alguno, a éste deberá hacer el pago."; en tanto que el *Código Civil de 1936*, en el numeral 1212: "El deudor puede pagar la deuda a cualquiera de los acreedores solidarios; pero si hubiese sido demandado por alguno, a éste deberá hacer el pago."

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973,* trataba sobre el particular en el numeral 55: "El deudor puede pagar la deuda a cualquiera de los acreedores solidarios; pero si hubiese sido demandado por alguno, a éste deberá hacer el pago."; en tanto que el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980*, lo hacía en el artículo 64: "El deudor puede efectuar el pago a cualquiera de los acreedores solidarios, aun cuando hubiese sido demandado por alguno."; el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981,* en el artículo 1206: "El deudor puede efectuar el pago a cualquiera de los acreedores solidarios, aun cuando hubiese sido demandado por alguno."; y, finalmente, el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984,* en el numeral 1153, con el mismo texto que su antecedente inmediato.

– *Fuentes y concordancias extranjeras.*

Coinciden con el artículo 1185 del Código Civil Peruano, entre otros, los Códigos Civiles Colombiano (artículo 437), Italiano de 1942 (artículo 1296), Boliviano de 1831 (artículo 789), Venezolano de 1942 (artículo 1241), Venezolano de 1880 (artículo 1130), Chileno (artículo 1513), Anteproyecto de Código Civil Boliviano de Angel Ossorio y Gallardo de 1943 (artículo 746), Anteproyecto Paraguayo de Luis de Gásperi (artículo 982), Proyecto de Código Civil Brasileño de 1975 (artículo 266), Paraguayo de 1987 (artículo 513), Español (artículo 1142), Guatemalteco de 1973 (artículo 1355), Portugués de 1967 (artículo 528), Alemán (artículo 428: Si varios están obligados a exigir una prestación de forma que cada uno puede exigir toda la prestación, pero el deudor está obligado a realizar la prestación sólo una vez [acreedores solidarios] dicho deudor puede a su voluntad efectuar la prestación a cualquiera de los acreedores. Esto vale también incluso si alguno de los acreedores ya ha interpuesto acción reclamando la prestación); Etíope (artículo 1911), Helénico (artículo 490), Proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones y Contratos de 1927 (artículo 149), de la República de China de 1930 (artículo 284), Código de la Provincia de Québec (artículo 1101) y el Código Suizo de las Obligaciones (artículo 150 -similar sólo en su tercera parte al artículo 1185 Peruano-).

Se diferencian los Códigos Civiles Mexicano (artículo 1994), cuando establece que el deudor de varios acreedores solidarios se libra pagando a cualquiera de éstos, a no ser que haya sido requerido judicialmente por alguno de ellos, en cuyo caso deberá hacer el pago al demandante; Francés (artículo 1198, primer párrafo) que prescribe que queda a elección del deudor pagarle a uno u otro de los acreedores solidarios, en tanto que no ha sido prevenido por la acción de uno de ellos; y Hondureño de 1906 (artículo 1402, primer párrafo), cuando dispone que el deudor puede hacer el pago a cualquiera de los acreedores solidarios

que elija, a menos que haya sido demandado por uno de ellos, pues entonces deberá hacer el pago al demandante.

Los Códigos Civiles Panameño (artículo 1029) y Portorriqueño de 1930 (artículo 1095) se diferencian del Peruano, porque se paga al acreedor solidario que demandó. Por su parte, el Código Civil Boliviano de 1976 (artículo 437, inciso 2) agrega que el deudor debe haber sido previamente citado con una demanda promovida por otro u otros acreedores. Además, el Código Civil Uruguayo (artículo 1396, inciso 4), expresa que uno de los efectos de la solidaridad activa es que el deudor pueda pagar indistintamente a cualquiera de los acreedores, mientras no haya sido judicialmente demandado por alguno de ellos. En tanto el Código Civil Ecuatoriano (artículo 1556), establece que el deudor puede hacer el pago a cualquiera de los acreedores solidarios que elija, a menos que haya sido demandado por uno de ellos, pues entonces deberá hacer el pago al demandante.

Por último, debemos mencionar que el Código Civil Argentino (artículo 706) dispone que el deudor puede pagar la deuda a cualquiera de los acreedores, si antes no hubiese sido demandado por alguno de ellos, y el Código Civil Cubano de 1988 (artículo 251, inciso 1), señala que el deudor puede pagar la deuda a cualquiera de los acreedores solidarios; pero si hubiese sido demandado por alguno a éste deberá hacer el pago.

– Análisis.

Las normas de los artículos 1176, segundo párrafo (relativo a las obligaciones indivisibles), y 1185 del Código Civil Peruano (relativo a las obligaciones solidarias), están destinadas a regular el tema del pago en las obligaciones indivisibles y solidarias. En el caso de las obligaciones indivisibles, el deudor que pague se libera haciéndolo a cualquiera de los coacreedores o a todos conjuntamente, pero de pagar a uno solo de ellos, deberá exigir a dicho coacreedor que garantice a los demás el reembolso de la parte que les corresponda en la obligación. En cambio, es efecto de las obligaciones solidarias que el deudor pueda pagar a cualquiera de los acreedores comunes, sin necesidad de exigir garantía alguna. Este principio está recogido en el artículo 1185.

Como se advierte de la lectura de los artículos citados, las soluciones que brinda la ley en lo referente al pago en las obligaciones indivisibles y al pago en las obligaciones solidarias, difieren sustancialmente.

La razón que explica este distinto tratamiento es simple.

En el caso de las obligaciones indivisibles que no son solidarias, vale decir, en las obligaciones indivisibles de carácter mancomunado, es evidente que la manera en que se encuentran ligados los diversos acreedores entre sí, usualmente, con excepción de la indivisiblidad por pacto o por mandato de la ley, obedece a la naturaleza de la prestación. Dicho en otras palabras, en estos casos la rigidez de la indivisibilidad, salvo que ella obedezca a estipulación entre las partes o a una orden legal, está determinada por razones naturales, ajenas a la voluntad. Es por ello que la severidad en las obligaciones indivisibles, respecto a los codeudores, no constituye un anhelo legislativo. Es, por lo general, consecuencia de su naturaleza jurídica. Sin embargo, cuando ella nace por voluntad de las partes, son éstas las que han querido otorgarle tan severas características. Y cuando nace de la ley sí se trata, por la fuerza de determinadas circunstancias, de una imposición del legislador.

Por consiguiente, cuando una obligación indivisible es mancomunada, si algún coacreedor pretende, sin la intervención de sus demás coacreedores, cobrar la deuda, la ley prevé, para resguardar los intereses de esos otros coacreedores, que el deudor exija al acreedor que recibe el pago una garantía en el sentido de que va a cumplir, en las relaciones internas con sus otros acreedores, a fin de que todos ellos disfruten de la prestación recibida en pago, en las porciones que por pacto o por ley les correspondan.

La garantía a la que alude el segundo párrafo del artículo 1176 del Código Civil, en relación a las obligaciones indivisibles,

podrá ser personal o real. Al respecto el Código no formula mayores precisiones. Podría estar constituida, inclusive, por garantía otorgada por terceros, como por ejemplo una fianza satisfactoria y suficiente para cautelar los intereses del deudor que paga.

De lo dicho se infiere, apelando al texto legal (artículo 1185 del Código Civil), que en caso contrario, es decir cuando el deudor paga a uno de los acreedores solidarios, trátese de prestación divisible o indivisible, no tendrá que exigir del acreedor que recibe el pago garantía alguna respecto a la redistribución de dicho pago entre los demás coacreedores, por la sencilla razón de que el acreedor a quien se paga, al igual que quienes no reciben el pago, han pactado entre ellos la solidaridad. Y es connatural a la solidaridad el pago del íntegro de la prestación, más allá de si ella se cumple con solo uno, con algunos o con todos los coacreedores, por encima de requerimientos, demandas o notificaciones, efectuadas por cualquiera de ellos. En caso contrario bastaría el requerimiento o la demanda de un acreedor para paralizar la acreencia de sus coacreedores. Y esto no es propio de la naturaleza jurídica de la solidaridad.

En suma, los principios enunciados obedecen a que, en la generalidad de los casos, la indivisibilidad responde al objeto de la obligación, mientras la solidaridad se determina por la forma de obligarse. Somos enfáticos al reiterar que en el caso de las obligaciones indivisibles y mancomunadas, resulta fundamental que el deudor que paga exija, al acreedor que recibe el pago, el otorgamiento de la garantía establecida por el segundo párrafo del artículo 1176 del Código Civil, ya que, en caso contrario, y en la eventualidad de que el acreedor que reciba el pago no cumpliera con compartir la prestación con sus coacreedores, el deudor se vería expuesto a efectuar un doble pago respecto a estos últimos.

Por cierto, los casos previstos en el párrafo anterior resultarán, en la práctica, de escasa ocurrencia, pues se entiende que, por lo general, todos los acreedores se encuentran interesados en exigir conjuntamente la ejecución de la prestación debida y, a su turno, el deudor no pagaría sino a todos la prestación. Por ello, tales casos serían susceptibles de ocurrir tan sólo en situaciones

excepcionales o de imposibilidad temporal o absoluta de alguno o algunos de los coacreedores de prestación indivisible para recibir el pago, como sucedería por enfermedad, viaje, ausencia (causas temporales) o muerte (causa definitiva), hipótesis esta última en que los titulares serían todos los herederos del acreedor que falleció; pero si hubiese disputas, o simplemente incuria, para acreditar la condición de herederos, podría entrar en juego el artículo 1176, segundo párrafo, del Código Civil. Aclaremos que ninguna de esas hipótesis se presentaría en el caso del artículo 1185, esto es en la solidaridad entre acreedores o solidaridad activa, porque aquí el tema se resolvería fácilmente con el pago a cualquiera de los coacreedores sobrevivientes o, en caso de fallecimiento de uno de ellos, con el pago a todos los herederos del coacreedor, por estirpe.

No está demás señalar, sin embargo, junto con el Doctor León Barandiarán[1], que:

"Pagada la obligación íntegramente a uno de los acreedores solidarios, los demás tienen el derecho a exigir de aquel la parte proporcional respectiva que a cada uno corresponda en el crédito, salvo convención en sentido distinto. Si la obligación se rescinde o se anula para un acreedor, su parte no puede acrecer las de los otros acreedores. Por lo demás, el deber de un acreedor, a que queda sometido en el sentido de repartir lo recibido en caso de que fuera pagado, no podría resultar afectado por el hecho de que se hubiera cedido por el acreedor el crédito a un tercero. 'En el caso de que la prestación debida sea efectuada en favor del nuevo acreedor, ella tendrá, en la proporción entre el acreedor primitivo y los otros acreedores solidarios, el mismo efecto como si la relación obligacional se hubiese extinguido por la prestación ejecutada en favor del acreedor primitivo. Este tiene que pagar, entonces, a los demás acreedores solidarios las partes que les corresponden' (Planck).

El deber de contribución de parte del acreedor que recibió el

(1) LEON BARANDIARAN, José. Op. cit., Tomo II, página 134.

pago, para los otros acreedores conectados por el vínculo solidario, existe no sólo cuando el primero haya recibido la totalidad del **debitum**, sino en general, cuando haya recibido una parte que exceda a la parte proporcional que le correspondía. (Cosack)."

Hasta aquí la cita del maestro sanmarquino.

A entender de Giorgi[2], el acreedor no podrá rehusar el pago íntegro ofrecido espontáneamente por uno de los codeudores, pretendiendo el pago parcial por cada uno de aquéllos.

Es necesario precisar que el artículo 1185 del Código Civil Peruano deja de lado el principio de la prevención, por el cual el deudor puede pagar la deuda a cualquiera de los acreedores, siempre y cuando antes no hubiese sido demandado por alguno de ellos, caso en el cual deberá efectuar el pago a este último. No obstante ello, cabría que las partes pactasen, al momento de constituir la obligación, que regirá entre ellas dicho principio, basado en la autonomía de la voluntad.

Respecto del aludido principio de prevención, señala Luis de Gásperi[3] que no están de acuerdo los escritores sobre el origen de tal derecho acordado a cada uno de los coacreedores solidarios, ejercido el cual por uno de ellos, quedan los otros como no existentes; puede ser más o menos común la explicación que lo vincula a los efectos extintivos de la **litis contestatio** romana, según los cuales, una vez que uno de los dos **rei stipulandi** había intentado la acción, era inútil que el deudor ofreciese la suma al otro, de modo que la **litis contestatio** extinguía la acción respecto de todos los acreedores y operaba una novación por medio de la cual el deudor no quedaba obligado respecto del actor, sino por consecuencia de la **actio judicata**. Agrega De Gásperi que Demangeat, sin embargo, admite que esta limitación de la facultad del deudor de liberarse en manos del acreedor por él elegido, si es que no hubiese sido ya objeto de prevención por parte de

(2) GIORGI, Giorgio. Op. cit., Volumen I, Página 149.
(3) DE GASPERI, Luis. Op. cit., Tomo II, Páginas 82 y 83.

otro acreedor, pudo haber existido en Roma, independientemente del efecto extintivo de la **litis contestatio**, de suerte que la decisión dada por Gayo en la L. 16, ha podido ser insertada sin cambios en el Digesto, aun cuando en la época de Justiniano hubiese desaparecido hacía ya largo tiempo el sistema formulario y el efecto particular atribuido a la **litis contestatio**.

Precisa el autor paraguayo citado, que por eso Demolombe, buscando dar en el Derecho moderno fundamentos a esta restricción, se haya preguntado por lo siguiente: 1º ¿La preferencia en provecho del acreedor que, por su demanda, ha prevenido al deudor, no se deriva precisamente del derecho igual y recíproco que pertenece a cada uno de ellos a demandarle?, ¿No es a la vez lógico y equitativo que el ejercicio de este derecho sea devuelto a aquel que ha sido el primero en ponerlo en movimiento, y que por haber sido más diligente es también el que debe recoger el beneficio de su diligencia?, ¿No habría fraude de parte del deudor que pagase a acreedor distinto del que demandó?; 2º Se ha considerado con justicia que esta iniciativa de uno de los acreedores constituye, por así decirlo, una especie de toma de posesión del crédito y que debe equivaler a una especie de embargo; 3º Puede el acreedor que se adelante en promover la demanda tener un interés serio en que el deudor no se libere en manos de sus coacreedores, alguno de los cuales puede ser insolvente, caso en el cual no tendría con él sino un recurso estéril.

Por lo demás, en lo que respecta al principio de prevención y su no admisión en el Código Civil Peruano de 1984, remitimos al lector a nuestros comentarios efectuados al analizar los artículos 1176, primer párrafo, y 1186, de dicho Código.

Ahora bien, si la obligación fuese simultáneamente indivisible y solidaria, el pago efectuado a uno de los coacreedores por parte del deudor común (o codeudores comunes) liberaría al deudor, sin necesidad del otorgamiento de garantía alguna. Esta es la solución que consideramos lógica, ya que tendríamos en conflicto dos normas: una que nos exige el requisito de la garantía (el artículo 1176, segunda parte) y otra que no lo exige (el artículo 1185); pero como una libera de este requisito, creemos razonable

que ella prevalezca. Además, habiéndose pactado la solidaridad o estableciéndola así la ley, se ha querido dar a la obligación una regulación especial o fuera de la generalidad o el común de las obligaciones (obligaciones mancomunadas). Adicionalmente, así lo ordena la ley a través del artículo 1181, segundo párrafo, del Código Civil Peruano.

Por último, debe señalarse que si la obligación fuese divisible y solidaria, se aplicaría el artículo 1185; y si fuese mancomunada e indivisible se aplicaría, sin duda, el artículo 1176.

- ***Propuesta de eventual modificación legislativa del artículo 1185.***

Artículo 1185.- "El deudor puede efectuar el pago a cualquiera de los acreedores solidarios, aun cuando hubiese sido requerido o demandado sólo por alguno."

- ***Fundamento.***

Creemos que para que opere el supuesto de este numeral, no será necesario que el deudor común haya sido demandado judicialmente por uno de los acreedores. Podría ocurrir que sólo hubiere habido un requerimiento extrajudicial de pago. En esta situación, con mayor razón, el deudor podrá pagar a aquel acreedor que le exigió el pago o a cualquiera otro, si así lo considera conveniente.

- ***Concordancias nacionales del artículo 1185.***

Pago de la obligación indivisible, artículo 1176 del Código Civil / Aptitud legal para recibir el pago, artículo 1224 del Código Civil / Pago a persona con derecho a cobrar, artículo 1225 del Código Civil / Imputación proporcional de créditos en Sociedades Civiles, artículo 324 de la Ley General de Sociedades.

OBLIGACIONES INDIVISIBLES	OBLIGACIONES SOLIDARIAS
(4) MUERTE DEL DEUDOR O DEL ACREEDOR. CONSECUENCIAS.	
Artículo 1177.- *"La indivisibilidad también opera respecto de los herederos del acreedor o del deudor."*	**Artículo 1187**.- *"Si muere uno de los deudores solidarios, la deuda se divide entre los herederos en proporción a sus respectivas participaciones en la herencia.* *Regla similar se aplica en caso de muerte de uno de los acreedores solidarios."*

- ***Fuentes nacionales del artículo 1177.***

Este artículo no registra antecedentes en el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836.*

El *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836* regulaba el tema en sus artículos 817: "Cada uno de los que han contraído juntamente una deuda indivisible, es responsable al total, aunque la obligación no sea mancomunal: lo mismo sucede con los herederos."; 818: "Cualquiera de los herederos del acreedor puede exigir en su totalidad

el cumplimiento de la obligación indivisible: mas no puede uno solo perdonarla toda, ni recibir a cuenta de la cosa el valor de ella; pero si lo hiciere, su coheredero no podrá pedir la cosa indivisible, sin abonar la porción del que ha hecho la remisión, o ha recibido el precio."; y 819: "El heredero del deudor emplazado por la totalidad de la ejecución, puede pedir un término para citar a sus coherederos, a no ser que la deuda no deba satisfacerse, sino por el emplazado; en cuyo caso éste sólo será condenado, dejándole a salvo sus recursos contra los demás."

Por su parte, el *Código Civil de 1852*; así como el *Proyecto de Código Civil de 1890*, no registran antecedentes sobre el particular.

El *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925*, regulaba el tema en su artículo 157: "Cada uno de los que contrajeron una obligación indivisible está obligado por el todo, aunque la obligación no se haya contraído solidariamente.- Lo mismo sucederá respecto de los herederos de aquel que contrajo semejante obligación."; así como el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926,* trataba sobre el particular en el numeral 149: "Cada uno de los que contrajeron una obligación indivisible está obligado por el todo, aunque la obligación no se haya contraído solidariamente.- Lo mismo sucederá respecto de los herederos de aquel que contrajo semejante obligación."; el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936,* lo hacía en su artículo 1192: "Cada uno de los que contrajeron una obligación indivisible está obligado por el todo, aunque la obligación no se hubiese contraído solidariamente. Lo mismo pasará respecto de los herederos de aquel que contrajo semejante obligación."; y el *Código Civil de 1936*, lo hacía en el artículo 1202: "Cada uno de los que contrajeron una obligación indivisible está obligado por el todo, aunque la obligación no se hubiese contraído solidariamente. Lo mismo pasará respecto de los herederos de aquél que contrajo semejante obligación."

Ya dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973,* contenía el artículo 47 que trataba sobre este tema: "La indivisibilidad también opera respecto de los herederos del acreedor o de los herederos del deudor."

Posteriormente, el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980,* trató el particular en el numeral 56: "La indivisibilidad también opera respecto de los herederos del acreedor o del deudor."

Luego hicieron lo propio el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981,* en el artículo 1198: "La indivisibilidad también opera respecto de los herederos del acreedor o del deudor."; y, finalmente, el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984,* en el artículo 1145: "La indivisibilidad también opera respecto de los herederos del acreedor o del deudor."

– Fuentes y concordancias extranjeras.

Coinciden con el artículo 1177 del Código Civil Peruano, entre otros, los Códigos Civiles Costarricense de 1888 (artículo 664, segunda parte), Italiano de 1942 (artículo 1318), Venelozano de 1942 (artículo 1254, segundo párrafo), Venezolano de 1880 (artículo 1151, segundo párrafo), Chileno (artículo 1528), Boliviano de 1976 (artículo 432, inciso 1), Boliviano de 1831 (artículos 815 y 816), Portugués de 1967 (artículo 535), Proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones y Contratos de 1927 (artículo 162), y el Código de la Provincia de Québec (artículo 1127).

– Fuentes nacionales del artículo 1187.

Este artículo no registra antecedentes en el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836;* así como tampoco en el *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836;* ni en el *Código Civil de 1852.*

En cambio, ya trata el tema el *Proyecto de Código Civil de*

1890, en su artículo 1560: "Si fallece alguno de los acreedores o de los deudores solidarios, dejando más de un heredero, cada uno de estos no tiene derecho a exigir, ni está obligado a pagar, sino la parte de la cuota que habría correspondido al heredado, proporcional al haber del heredero que cobra, o paga."

Luego abordan el particular, el *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925,* con el artículo 173: "Si muriese uno de los deudores solidarios, dejando herederos, cada uno de éstos no estará obligado a pagar sino en proporción a la cuota que le correspondiese en la herencia, salvo si la obligación fuese indivisible; pero todos los herederos reunidos serán considerados como un solo deudor solidario en relación con los otros codeudores."; así como el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926,* a través del numeral 164: "Si muriese uno de los deudores solidarios, dejando herederos, cada uno de éstos no estará obligado a pagar sino en proporción a la cuota que le correspondiese en la herencia, salvo si la obligación fuese indivisible; pero todos los herederos reunidos serán considerados como un solo deudor solidario en relación con los otros codeudores."; el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936,* con el artículo 1207: "Si muriese uno de los deudores solidarios, dejando herederos, cada uno de éstos no estará obligado a pagar sino en proporción a la cuota que le corresponda en la herencia, salvo si la obligación fuese indivisible; pero todos los herederos reunidos serán considerados como un solo deudor solidario en relación con los otros codeudores."; así como el *Código Civil de 1936,* a través del artículo 1217: "Si muriese uno de los deudores solidarios, dejando herederos, cada uno de éstos no estará obligado a pagar sino en proporción a la cuota que le corresponda en la herencia, salvo si la obligación fuese indivisible; pero todos los herederos reunidos serán considerados como un solo deudor solidario en relación con los otros codeudores."

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973,* aborda el particular en su artículo 54: "Si muriese uno de los deudores solidarios dejando herederos, cada uno de éstos estará obligado a pagar sólo en proporción a la cuota que le corresponda en la herencia, salvo si la obligación fuese indivisible; pero todos los herederos reunidos serán considerados como un solo deudor solidario en relación con los otros codeudores."; mientras el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980,* lo hace en su artículo 66: "Si falleciera uno de los deudores solidarios, la deuda se dividirá entre sus herederos en proporción a sus respectivas participaciones en la herencia.- La misma regla se aplicará en caso de fallecimiento de uno de los acreedores solidarios."; el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981*, regula el tema en su artículo 1208: "Si falleciera uno de los deudores solidarios, la deuda se dividirá entre sus herederos en proporción a sus respectivas participaciones en la herencia.- La misma regla se aplicará en caso de fallecimiento de uno de los acreedores solidarios."; y, finalmente, el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984,* trata el particular en el numeral 1155: "Si muere uno de los deudores solidarios, la deuda se divide entre los herederos en proporción a sus respectivas participaciones en la herencia.- Regla similar se aplica en caso de muerte de uno de los acreedores solidarios."

– Fuentes y concordancias extranjeras.

Coinciden con el artículo 1187 del Código Civil Peruano, entre otros, los Códigos Civiles Italiano de 1942 (artículo 1295), Mexicano (artículo 1998 -que agrega "salvo que la obligación sea indivisible; pero todos los coherederos serán considerados como un solo deudor solidario con relación a los otros deudores"-) Chileno (artículo 1523), Boliviano de 1976 (artículo 436), Ecuatoriano (artículo 1566), Uruguayo (artículo 1396, inciso 5 -que se refiere a la "remisión" y establece que ésta libera al deudor respecto de los otros, si éstos no le habían demandado judicialmente todavía-), Paraguayo de 1987 (artículo 516), Brasileño (artículo 905) y Argentino (artículo 712).

El Código Civil Costarricense de 1888 (artículo 648) establece que muerto un codeudor solidario, sus herederos, después de repartida la herencia y pasado un año desde que se inició el juicio

de sucesión, sólo estarían obligados solidariamente con los demás codeudores en proporción a la parte que les haya cabido en la herencia.

El Proyecto de Código Civil Brasileño de 1975 (artículos 268 y 274) se diferencia de la ley peruana, en que el principio, en nuestra legislación, se aplica también en caso de muerte de uno de los acreedores solidarios.

– *Análisis.*

Debemos expresar, en primer término, para evitar posibles confusiones, que no vamos a tratar ahora el tema de la transmisibilidad de la obligación a los herederos, pues esto es lo usual, salvo en los casos en que la obligación hubiese sido contraída **intuitu personae**, lo prohibiese la ley o se hubiese pactado en contrario (argumento del artículo 1218 del Código Civil, que será estudiado en su oportunidad). Aquí trataremos sobre si la condición o características de las obligaciones divisibles, indivisibles, mancomunadas o solidarias, exigen que, en la misma condición o con las mismas características, se transmitan a los herederos del causante originalmente obligado, sea como acreedor o deudor.

Al iniciar esta exposición precisamos que el Código Civil Peruano no ha legislado los casos de la divisibilidad y mancomunidad. Por nuestra parte, consideramos obvio que la obligación contraída por un deudor o acreedor, como divisible o mancomunada, pasará a los herederos en la misma condición, esto es, siguiéndose con cada uno de ellos el principio de la división, pero cuidando siempre la proporcionalidad en relación al porcentaje en la herencia que corresponda a cada sucesor.

Respecto de la indivisibilidad, el artículo 1177 establece que ésta también opera respecto de los herederos del acreedor o del deudor. La referida norma, en otras palabras, nos señala que la indivisibilidad también se hereda, al igual que la divisibilidad y la mancomunidad.

Ya decía Pothier[1] que dada la naturaleza de la obligación indivisible, ésta no es susceptible de cumplirse por partes, y al ser una cualidad real de la obligación, ésta pasa con dicha cualidad a los herederos del deudor. Busso[2] es de la misma opinión. A decir de Alfredo Barrós Errázuriz[3], la indivisibilidad pasa a los herederos, porque el obstáculo natural que se opone a la división de la deuda no desaparece por la muerte de un acreedor o de un deudor.

La excepción respecto a los principios generales enunciados, la encontramos en el caso de las obligaciones solidarias, pues en virtud del artículo 1187 del Código Civil Peruano se prevé que si falleciese uno de los deudores o acreedores, la deuda o el crédito, según sea el caso, se dividirá entre los herederos, en proporción a sus respectivas participaciones en la herencia. De esta regla deducimos que la solidaridad no se hereda. Esto equivale a decir que si el causante se había obligado solidariamente, sus herederos no lo estarán solidaria sino mancomunadamente, pero por el íntegro de la prestación.

Como expresa el Doctor León Barandiarán[4]: "La muerte de uno de los deudores no hace desaparecer la solidaridad respecto a todos los deudores. Pero la parte que corresponde al deudor fallecido se divide entre sus herederos, o sea, que no trasciende a ellos el efecto de la solidaridad. En esto se distingue la obligación solidaria de la indivisible, que por su misma naturaleza obliga a todos y cada uno de los herederos del deudor a cumplir íntegramente la prestación. Por eso el artículo 1217 (se refiere al Código Civil de 1936) advierte: 'salvo si la obligación fuese indivisible.'

Así pues, el acreedor puede demandar a cualquiera de sus deudores primitivos por la totalidad de la deuda, pues, como decíamos, la muerte de uno de ellos no hace desaparecer el carác-

(1) POTHIER, Robert Joseph. Op. cit., Páginas 294 y 295.
(2) BUSSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo IV, Página 575.
(3) BARROS ERRAZURIZ, Alfredo. Curso de Derecho Civil, Volumen II, Páginas 160 y 161. Imprenta Cervantes, Santiago de Chile, 1921.
(4) LEON BARANDIARAN, José. Op. cit., Tomo II, Páginas 156 y 157.

ter de solidaria de la obligación. Puede también demandar a todos los herederos, en conjunto, del primitivo deudor fallecido, por la totalidad de la deuda. O puede, en fin, demandar separadamente a cada uno, a cualquiera de dichos herederos, pero sólo por la parte que le corresponda al dividirse entre ellos el monto de la deuda que correspondía al causante. Esto es lo que quiere significar el artículo cuando habla de 'la cuota que le correspondiese en la herencia'. Si A es acreedor de B, C y D, deudores solidarios, por S/. 6,000, al fallecimiento de D, que deje como sus dos únicos herederos a E y F por partes viriles, puede A demandar a cualquiera de estos dos últimos, separadamente, pero sólo por la cantidad de S/.3,000.

Análoga situación a la prevista para el caso de solidaridad pasiva, debe regir respecto a los herederos de un acreedor, en caso de solidaridad activa. La obligación conserva su carácter **in solidum**; la parte del crédito que correspondía al acreedor fallecido se dividirá entre sus herederos. Es la aplicación de la regla **nomina hereditaria pro parte inter heredes divisa sunt**."

Hasta aquí las expresiones del maestro sanmarquino.

Como decía Pothier, la solidaridad difiere de la indivisibilidad. Así como la indivisibilidad viene del hecho de que las personas se han obligado cada una por el total, la solidaridad es una cualidad personal que no impide que esta obligación solidaria se divida entre los herederos de cada uno de los deudores solidarios que la han contraído, y entre los herederos del acreedor para con quien ha sido contratada, lo que según Pothier fue dicho con suma energía por el propio Dumoulin. De igual parecer es Huc[5], cuando enseña que la obligación solidaria se debe dividir entre los diversos herederos del acreedor, de modo que cada uno de ellos pueda pedir solamente su parte en la deuda; agrega que igualmente se debe dividir entre los herederos del deudor, estando cada uno de ellos comprometido sólo por su parte en el convenio. Justificando la diferencia que en el tratamiento sobre este

(5) HUC, Théophile. Op. cit., Tomo VII, Página 485.

tema reciben la solidaridad y la indivisibilidad, Huc señala que estriba en que la indivisibilidad resulta de cierta forma de la prestación a cumplir, la cual, ya sea a razón de su naturaleza o a razón de la relación en que se enfocó en la obligación, no es susceptible de cumplimiento parcial, razón por la cual este carácter de la prestación no cambia después de la muerte del acreedor o después de la muerte del deudor, al continuar siendo el mismo su carácter, es decir, indivisible. Por ello, la obligación no se dividirá ni entre los herederos del deudor ni entre los herederos del acreedor, de modo tal, que uno solo podrá demandar el total o uno solo estará obligado por el total. Esto, según Huc, porque la obligación no se dividirá pues hay algo que obstaculiza cualquier división: la naturaleza admitida y reconocida de la prestación a efectuar. Pero Huc señala que si la naturaleza de esta prestación se transforma, si se convierte en una prestación divisible -por ejemplo en una deuda de una cantidad de dinero- nada se opondrá en adelante a que se produzca la división entre los diversos deudores. Según este autor, en la obligación solidaria ocurre de otro modo, pues cada uno de los obligados es en realidad deudor del total, de modo que cada cambio ocurrido en el objeto de la prestación por entregar permanece indiferente, y la deuda sigue siendo siempre solidaria.

Giorgi[6] enseña que con la muerte del deudor solidario, que deja varios herederos, la solidaridad no se modifica; no cesa entre los deudores, ya que respecto a ellos no hay motivo alguno para hacerla cesar; menos entre los herederos del difunto deudor solidario, aunque en sus relaciones entre sí se divida la herencia, de modo que cada heredero no queda obligado para con el acreedor, sino hasta donde alcance su cuota hereditaria.

El mismo parecer es compartido por Alfredo Barrós Errázuriz[7]. Jorge Joaquín Llambías[8] es también de ese criterio.

(6) GIORGI, Giorgio. Op. cit., Volumen I, Páginas 196 y 197.
(7) BARROS ERRAZURIZ, Alfredo. Op. cit., Volumen II, Páginas 160 y 161.
(8) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo II - A, Página 555.

Colin y Capitant[9], al tratar el tema, enseñan que la solidaridad sólo existe en la plenitud de sus efectos en beneficio del acreedor contra los codeudores primitivos y no contra sus herederos; considerando que esta limitación tradicional al primer grado de los efectos de la solidaridad es ciertamente contraria a la intención de las partes y al resultado que se proponen obtener al pactar la solidaridad; razón por la cual, para evitar la producción de este efecto, los contratantes -en especial el acreedor- estipulan siempre a este respecto, que los codeudores quedarán obligados solidaria e indivisiblemente, con lo que se impide la aplicación, en caso de muerte de uno de los codeudores, del principio de la división de la deuda.

Borda[10] considera que, puesto que la solidaridad importa agravar considerablemente la situación de los deudores, la ley ha creído justo limitar sus efectos en el caso de sucesión **mortis causa**.

Con razón precisa Salvat[11] que si el heredero es uno solo, la aplicación del principio que venimos abordando no dará lugar a dificultad alguna, pues él estará obligado por el íntegro. De lo contrario, en la solidaridad pasiva, se combinan -en este caso- los principios referentes a ella con los de la divisibilidad de las obligaciones, y, por consiguiente, cada heredero debe pagar el importe total de la deuda, proporcional al monto de su haber hereditario.

Señala Héctor Lafaille[12] que este temperamento es justo, aunque a primera vista desconcierte, pues la solidaridad se reduce a quienes fueron parte del acto jurídico o son responsables en virtud de la ley, razón por la cual faltaría base legal para imponer a los herederos el deber de cubrir la prestación más allá de la medida señalada; y de igual manera, faltaría título para pretender una cuota de la misma, fuera de su participación dentro de la sucesión; pero, agrega Lafaille, a veces, por comodidad de los interesados, éstos designan a uno de ellos para que desempeñe el papel de acreedor único, o bien de exclusivo responsable, procedimiento que suele emplearse en las particiones, lo que no altera el anterior razonamiento. Concluye Lafaille que no habría aquí, por consiguiente, un efecto secundario de la solidaridad, ni en el régimen de los acreedores frente a los deudores, ni en cuanto a las relaciones de cada grupo, pues los miembros que lo integran deben distribuirse proporcionalmente esos derechos o esas cargas.

(9) COLIN, Ambroise y CAPITANT, Henri. Op. cit., Tomo II, Página 423.
(10) BORDA, Guillermo A. Op. cit., Tomo I, Páginas 474 y 475.
(11) SALVAT, Raymundo M. Op. cit., Tomo II, Página 82.
(12) LAFAILLE, Héctor. Op. cit., Tomo VI, Volumen I, Páginas 237 y 238.

Un supuesto de sumo interés, referido a este tema, es el planteado por Giorgi[13], cuando se pregunta si quien se obliga en un contrato puede imponer la solidaridad a los herederos. Recuerda el maestro italiano, que Colmet de Santerre y Boileux responden que no; en tanto que Demolombe y Laurent están por la afirmativa, opinión con la cual Giorgi está de acuerdo; pues, en efecto, la regla de que el testador puede imponer la solidaridad a los herederos y a los legatarios, demuestra que el principio de la división de las deudas hereditarias no es de orden público, sino que puede destruirse por la voluntad particular en contrario. Agrega Giorgi que, además, se puede mencionar la jurisprudencia en confirmación de su opinión, recordando una sentencia de la Corte de Bruselas de 21 de abril de 1819, citada por Merlin, que decide, en efecto, que varios herederos de un deudor de renta perpetua venían obligados solidariamente al pago de la renta, porque se desprendía del contrato de constitución que los contratantes habían querido obligar solidariamente a los herederos; precisa que lo mismo repitió dicha Corte el 4 de marzo de 1824, en otra sentencia citada por Laurent; añade que los Tribunales italianos han confirmado después la doctrina de que las partes pueden, al constituir una enfiteusis, imponer a los herederos la solidaridad en el pago del canon.

Subraya Giorgi que la doctrina mencionada no puede entenderse y aplicarse justamente sin un estudio particular del contrato de enfiteusis, del que surgirán importantes cuestiones sobre la na-

(13) GIORGI, Giorgio. Op. cit., Volumen I, Páginas 197 y 198.

turaleza de la obligación de pagar el canon, sobre las consecuencias a que conduciría su incumplimiento y sobre los demás derechos correlativos o subsiguientes al pago del canon; le basta advertir que para imponer la solidaridad a los herederos, el pacto debe ser claro y referirse explícitamente a los herederos, ya nominativamente, ya dando a entender en algún modo que se entiende referirse a ellos. También es necesario no confundir la solidaridad en el pago del canon con la indivisibilidad presunta del mismo, la cual se sobreentendía casi siempre en las enfiteusis anteriores al Código Civil Italiano de 1865. Finaliza Giorgi señalando que, por lo demás, el decidir si las partes quisieron o no quisieron someter a los herederos a la obligación solidaria del canon, es cuestión de hecho más que de derecho, entregada por tanto a la hermenéutica contractual.

Luego de analizar lo que sucede con cada uno de los supuestos de obligaciones con pluralidad de sujetos para el caso de herencia, debemos estudiar las consecuencias de las posibles combinaciones que surgen de ellas.

De este modo, si una obligación es divisible y mancomunada, pasará a los herederos del acreedor o deudor, como divisible y mancomunada, vale decir, lo hará en la misma condición en que se había contraído.

Sería el caso de un deudor que se hubiese obligado ante dos acreedores al pago de la suma de 40,000 soles. Si este deudor muriese, y dejase dos herederos (sus dos únicos hijos, por ejemplo), cada uno de ellos deberá cumplir entregando a cada acreedor la suma de 10,000 soles, es decir un total de 20,000 soles, en la medida en que heredasen en iguales porcentajes. Si uno de los hijos hereda el 60% y el otro el 40%, el primero responderá por un total 24,000 soles y el segundo por 16,000 soles. Los mismos principios, pero a la inversa, se aplicarán en el caso de los acreedores.

Si la obligación fuese divisible y solidaria, se heredará como divisible y mancomunada (pues la divisibilidad se hereda como tal y la solidaridad no).

Si fuese indivisible y mancomunada, se heredará como indivisible, es decir que cada heredero será acreedor o deudor por el íntegro de la prestación.

Y, por último, si fuese indivisible y solidaria, dicha obligación pasará a los herederos del causante como indivisible. Esta situación legal se da, no porque la ley (el Código Civil) quiera imponer carga tan severa a los herederos, sino porque la naturaleza jurídica de la indivisibilidad determina que se carezca de alternativa.

En este último supuesto, como hemos señalado, la indivisibilidad se hereda y la solidaridad no. Y, al no heredarse la solidaridad, pasaría, por este efecto, como mancomunada, razón por la cual, al aplicarse las reglas de la divisibilidad a las obligaciones mancomunadas, tendríamos a la vez la concurrencia de las reglas de las obligaciones indivisibles y divisibles; pero, como ha sido antes expresado, la concurrencia de ambas categorías en una misma obligación determina que primen plenamente las normas de la indivisibilidad.

De ahí que en el caso de la solidaridad -donde sí existe alternativa, puesto que dicho carácter no está referido al objeto, sino a la forma como se han obligado las partes entre sí y respecto de la contraparte- el Código resuelve en sentido inverso, porque aquí sí puede volverse a la situación usual de una obligación, que es, precisamente, su carácter de mancomunada.

Conviene recordar, en este punto, la norma del Derecho de Sucesiones (artículo 660) que establece que "El heredero responde de las deudas y cargas de la herencia sólo hasta donde alcancen los bienes de ésta. Incumbe al heredero la prueba del exceso, salvo cuando exista inventario judicial."

Además, también es pertinente mencionar que los herederos no están en la obligación de aceptar una herencia. El Código Civil Peruano regula la materia en el Título IV del Libro de Derecho de Sucesiones, en sus artículos 672 a 680[14].

---

(14) Los artículos del Código Civil Peruano de 1984 que se refieren a este tema, son los siguientes:

Precisemos, por otra parte, que respecto al caso de la solidaridad pasiva, la muerte de uno de los deudores no hace desaparecer la solidaridad respecto a los demás codeudores. Pero la parte que corresponde al deudor que falleció se divide entre sus herederos, o sea que no trasciende a ellos el efecto de la solidaridad. En esto, como antes expresamos, se distingue la obligación solidaria de la indivisible que, por su misma naturaleza, obliga a

---

Artículo 672.- "La aceptación expresa puede constar en instrumento público o privado. Hay aceptación tácita si el heredero entra en posesión de la herencia o practica otros actos que demuestren de manera indubitable su voluntad de aceptar."
Artículo 673.- "La herencia se presume aceptada cuando ha transcurrido el plazo de tres meses, si el heredero está en el territorio de la República, o de seis, si se encuentra en el extranjero, y no hubiera renunciado a ella. Estos plazos no se interrumpen por ninguna causa."
Artículo 674.- "Pueden renunciar herencias y legados quienes tienen la libre disposición de sus bienes."
Artículo 675.- "La renuncia debe ser hecha en escritura pública o en acta otorgada ante el juez al que corresponda conocer de la sucesión, bajo sanción de nulidad. El acta será obligatoriamente protocolizada."
Artículo 676.- "Si la renuncia causa perjuicio a los acreedores del renunciante, éstos pueden impugnarla dentro de los tres meses de tener conocimiento de ella, para que sea declarada sin efecto en la parte en que perjudica sus derechos. La resolución que declare fundada la demanda dispondrá, según la naturaleza de los bienes, su administración judicial o su venta en pública subasta, para el pago de las deudas del renunciante. El remanente, si lo hubiera, se trasmite a los herederos a quienes favorezca la renuncia.
La demanda de impugnación se tramita como proceso sumarísimo."
Artículo 677.- "La aceptación y la renuncia de la herencia no pueden ser parciales, condicionales, ni a término. Ambas son irrevocables y sus efectos se retrotraen al momento de la apertura de la sucesión."
Artículo 678.- "No hay aceptación ni renuncia de herencia futura."
Artículo 679.- "El derecho de aceptar o renunciar la herencia, se trasmite a los herederos. En tal caso, el plazo del artículo 673 corre a partir de la fecha de la muerte del primer llamado."
Artículo 680.- "Los actos de administración provisional y de conservación de los bienes de la herencia practicados por el heredero mientras no haya vencido el plazo del artículo 673, no importan aceptación ni impiden la renuncia."

cada uno de los herederos del deudor a cumplir íntegramente la prestación. Así lo prescribe, por esa razón, el artículo 1177 del Código vigente, tal como lo disponía el artículo 1202 del Código anterior.

Adicionalmente debe señalarse que el artículo 1187 del Código Civil establece, como hemos visto, que si muriese uno de los deudores solidarios dejando herederos, cada uno de éstos no estará obligado a pagar sino en proporción a la cuota que le correspondiese en la herencia. Pero todos los herederos, reunidos, responden por el íntegro de la obligación; mas, como hemos señalado, y ello es muy importante, cada uno de ellos responde sólo por su parte.

Así, el acreedor puede demandar a cualquiera de los deudores primitivos sobrevivientes, por la totalidad de la prestación, pues conservan la calidad de deudores solidarios, pero la muerte de uno de ellos no transmite a sus herederos la condición jurídica de solidarios, ya que cada heredero, como se ha señalado, responderá en proporción a su cuota sucesoria. O, en fin, puede demandar separadamente a uno cualquiera de dichos herederos, pero sólo por la parte que le corresponda al dividirse con los demás herederos el monto de la deuda del causante.

– *Concordancias nacionales del artículo 1177.*

Derechos del acreedor de obligaciones indivisibles, artículo 1176 del Código Civil / Muerte de uno de los deudores solidarios, artículo 1187 del Código Civil / Cláusula penal indivisible, artículo 1348 del Código Civil.

– *Jurisprudencia peruana del artículo 1187.*

En relación con el tema de la herencia de una obligación solidaria -es decir, cómo pasa ésta a los herederos-, tenemos la siguiente Ejecutoria Suprema:

"La solidaridad activa no se extingue con la muerte de uno de los acreedores solidarios.

El cumplimiento de la prestación está condicionada a la satisfacción previa de la carga tributaria." Ejecutoria del 23 de mayo de 1975. Normas Legales, Número 76, 1975, Página 407. (Artículo 1217 del Código Civil de 1936).

– *Concordancias nacionales del artículo 1187.*

Indivisibilidad respecto de herederos, artículo 1177 del Código Civil / Transmisibilidad de la obligación, artículo 1218 del Código Civil / Penalidad en caso de muerte de un codeudor, artículo 1349, segundo párrafo, del Código Civil / Efectos de los contratos, artículo 1363 del Código Civil.

OBLIGACIONES INDIVISIBLES	OBLIGACIONES SOLIDARIAS
(5) CONSOLIDACION ENTRE EL ACREEDOR Y UNO DE LOS DEUDORES.	
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."*	**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."*

– *Fuentes nacionales del artículo 1178.*

Este artículo no registra antecedentes en el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836*; ni en el *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836*; así como tampoco en el *Código Civil de 1852;* en el *Proyecto de Código Civil de 1890*; en el *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925;* en el *Segundo Anteproyecto de Libro*

Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926; en el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936;* ni en el *Código Civil de 1936.*

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973,* tampoco registra antecedentes; en tanto que el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980,* legislaba el tema en su artículo 57: "La consolidación entre el acreedor y uno de los deudores no extingue la obligación respecto de los demás codeudores. El acreedor, sin embargo, sólo podrá exigir la prestación reembolsando a los codeudores el valor de la parte que le correspondió en la obligación o garantizando el reembolso."; *el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981,* en el artículo 1199: "La consolidación entre el acreedor y uno de los deudores no extingue la obligación respecto de los demás codeudores. El acreedor, sin embargo, sólo podrá exigir la prestación reembolsando a los codeudores el valor de la parte que le correspondió en la obligación o garantizando el reembolso."; y, finalmente, el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984,* en el artículo 1146: "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."

– *Fuentes y concordancias extranjeras.*

Coincide con el artículo 1178 del Código Civil Peruano, el Anteproyecto de Código Civil Boliviano de Angel Ossorio y Gallardo de 1943 (artículo 760).

Por otra parte, debemos anotar que el Código Civil de la Provincia de Québec regula de manera diferente a las obligaciones indivisibles, señalando, en su artículo 1129, que cada coheredero o representante legal del acreedor puede exigir la ejecución total de la obligación indivisible. Sin embargo, no pueden condonar la totalidad de la deuda o recibir el valor en vez de la cosa debida; y si lo hiciesen, los demás no pueden demandar la deuda indivisible, salvo que tengan en cuenta la porción condonada o entregada a aquéllos.

– *Fuentes nacionales del artículo 1191.*

Este artículo no registra antecedentes en el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836.*

El *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836,* trataba el tema en su artículo 803: "Cuando uno de los deudores llega a ser heredero único del acreedor, o el acreedor de uno de los deudores, la confusión no extingue el crédito mancomunal, sino en la parte o porción del deudor, o del acreedor heredero."; en tanto que el *Código Civil de 1852,* lo hacía en el numeral 1294: "Si uno de los deudores solidarios llega a ser heredero del acreedor, o éste llega a serlo de uno de los deudores, la confusión no extingue la mancomunidad respecto de los demás, sino en la parte correspondiente al acreedor o al deudor."; el *Proyecto de Código Civil de 1890,* en el artículo 2978: "Si se consolida la calidad de acreedor de un codeudor solidario, no quedan libres los demás, sino en la parte que habría correspondido a dicho codeudor.- Si se consolida la calidad de deudor en un acreedor solidario, los demás conservan su derecho para exigir de aquél la parte que les corresponda en la deuda."; el *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925,* en el artículo 171: "Si uno de los deudores solidarios llega a ser heredero del acreedor, o éste llega a serlo de uno de los deudores, la confusión no extingue la obligación respecto de los demás, sino en la parte correspondiente al acreedor o al deudor."; el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926,* en el artículo 162: "Si uno de los deudores solidarios llega a ser heredero del acreedor, o éste llega a serlo de uno de los deudores, la confusión no extingue la obligación respecto de los demás, sino en la parte correspondiente al acreedor o al deudor."; el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936,* en el artículo 1205: "Si

uno de los deudores solidarios llega a ser heredero del acreedor, o éste llega a serlo de uno de los deudores, la confusión no extingue la obligación respecto de los demás, sino en la parte correspondiente al acreedor o al deudor."; y el *Código Civil de 1936,* en el artículo 1215: "Si uno de los deudores solidarios llega a ser heredero del acreedor o éste llega a serlo de uno de los deudores, la confusión no extingue la obligación respecto de los demás, sino en la parte correspondiente al acreedor o al deudor."

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973,* trata el tema en su artículo 63: "Si uno de los deudores solidarios llega a ser heredero del acreedor o éste llega a serlo de uno de los deudores, la confusión no extingue la obligación respecto de los demás, sino en la parte correspondiente al acreedor o al deudor."; el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980,* en el numeral 70: "La consolidación operada en uno de los acreedores o deudores solidarios sólo extingue la obligación en la parte correspondiente al acreedor o al deudor."; el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981,* en el artículo 1212: "La consolidación operada en uno de los acreedores o deudores solidarios sólo extingue la obligación en la parte correspondiente al acreedor o al deudor."; y, finalmente, el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984,* en su artículo 1159, de texto similar a su antecedente inmediato.

– *Fuentes y concordancias extranjeras.*

Coinciden con el artículo 1191 del Código Civil Peruano, entre otros, el Código Civil Boliviano de 1976 (artículo 441, inciso 4), el Venezolano de 1942 (artículo 1232), el Etíope (artículo 1905), el Proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones y Contratos de 1927 (artículos 140 y 153) y el Italiano de 1942 (artículo 1303).

El Código Civil Francés (artículo 1209) establece que cuando uno de los codeudores se convierte en heredero único del acreedor, o cuando el acreedor se convierte en el único heredero de uno de los deudores, la confusión de derechos no extingue el

crédito solidario sino por parte y porción del deudor o del acreedor.

El Código Civil de la Provincia de Québec, regulando las obligaciones solidarias, prescribe en su artículo 1113 que cuando uno de los codeudores o coacreedores deviene heredero o representante legal del codeudor o coacreedor, la confusión no extingue la acreencia solidaria más que por la porción de ese codeudor.

Por su parte, el Código Civil Uruguayo (artículo 1403) dispone que cuando uno de los deudores viene a ser heredero único del acreedor o cuanto éste viene a ser heredero único de alguno de los deudores, la confusión extingue el crédito sólo en la parte correspondiente al acreedor o deudor a quien se hereda.

– *Análisis.*

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, previstas 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.

Es claro que el artículo 1178 corresponde a las obligaciones indivisibles y que el numeral 1191 es propio de las obligaciones solidarias. De ellos nos vamos a ocupar en los siguientes comentarios.

Podría ocurrir que se produzca la consolidación entre el acreedor y uno de los deudores de prestación indivisible. En este caso, de acuerdo con el artículo 1178 del Código Civil, 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[1], 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; 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[2].

Vamos a plantear un ejemplo para este caso.

Tres deudores deben a un acreedor común un vehículo valorizado en 60,000 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 el azar de 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 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 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 soles por el ex-codeudor del bien indivisible y hoy acreedor).

(1) SALVAT, Raymundo M. Op. cit., Tomo II, Páginas 47 y 48.
(2) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo II - A, Página 517.

Naturalmente que en el caso de los contratos de prestaciones recíprocas, la cantidad de dinero que deba reintegrar el acreedor (ex-codeudor) se verificará con un aumento en el monto de su prestación (contraprestación) respecto de la obligación de cuyo estudio nos estamos ocupando.

Debemos aclarar en este punto que el Código está haciendo alusión -a través del artículo 1178- a las obligaciones indivisibles pero mancomunadas.

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. Con respecto de la solidaridad pasiva ocurre algo similar, 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 primero de los casos señalados, en que el ex-acreedor se convertirá en deudor de los otros coacreedores.

El Doctor León Barandiarán cita al jurista argentino Juan Antonio Bibiloni[3], cuando señala al respecto lo siguiente:

"La unión en la misma persona del crédito y la deuda solida-

(3) LEON BARANDIARAN, José. Op. cit., Tomo II, Páginas 150 y 151.

ria, produce una verdadera extinción de ellas por imposibilidad orgánica. No se concibe que un deudor se continúe debiendo a sí mismo. Si el acreedor es, por ejemplo, heredero de uno de los deudores solidarios, no es heredero solamente en la parte de éste en la deuda, es heredero en el todo. Y no es deudor de una parte del crédito. Hay solidaridad: es deudor del todo. La unión es de dos calidades coextensas. Debe todo y es acreedor de todo. Establecer como lo hace el Código francés y lo repite nuestro artículo 866 (se refiere Bibiloni al Código Civil Argentino), que sólo hay extinción por la parte que se tiene según las relaciones internas entre codeudores, es confundir dos cosas perfectamente distintas. La solidaridad, porque lo es, es una vinculación en la que no existen partes. Se da al acreedor o a cada uno de los acreedores una ventaja: la de que cada obligado debe el todo. Por qué se ha comprometido a ello, es asunto ajeno a la relación creditoria. Son negocios que ni se comunican al acreedor, ni le afectan aunque los conozca. Por eso, exigió la prestación de uno por todos, y de todos por uno. A su vez, el deudor frente a sus codeudores, tiene otra clase de relaciones... El deudor tendrá o no, en virtud de esa situación, una acción de regreso. El acreedor, un reclamo por todo o parte de lo que su acreedor percibió, o dejó de percibir, o no tendrá ninguno. Esa faz interna se rige por las reglas de la relación que la engendra. No tienen nada que ver con la solidaridad. Si es así, la confusión debe producir su efecto sobre la obligación y debe producirlo sobre las relaciones interiores. La superposición del crédito y la deuda decidirán la extensión de la anulación recíproca. ¿Es por el todo? Por el todo; es la extinción, y en la solidaridad no hay crédito ni deuda, sino por el todo... La confusión extingue, pues, toda la solidaridad, si es permitido expresarse así; sólo deja subsistente la acción de regreso, amparada por la subrogación en los derechos del acreedor, que es lo que cabalmente produce la unión de esa calidad con la del deudor."

Hasta aquí las expresiones de Bibiloni.

Como dice Luis de Gásperi[4], este tema no escapó a los

(4) DE GASPERI, Luis. Op. cit., Tomo II, Páginas 91 y siguientes.

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 fiado-

res. 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 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 alguno de los codeudores resultase insolvente, debe soportar la cuota que en la porción del insolvente 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(5).

Como señalaba Pothier(6), 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,**

---

(5) 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. Op. cit., Tomo I, Página 467.), 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. Volveremos sobre la materia con mayor detenimiento al tratar de la consolidación o confusión. Precisamos adicionalmente que respecto a este tema, en el Proceso de Reforma de 1968, prevaleció la opinión de Borda.
Los profesores Roque Garrido y Luis Andorno (GARRIDO, Roque y ANDORNO, Luis. Op. cit., 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.

(6) POTHIER, Robert Joseph. Op. cit., Página 228.

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, 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.

– Concordancias nacionales del artículo 1178.

Extinción parcial de la solidaridad por consolidación, artículo 1191 del Código Civil / Alcances de la consolidación, artículo 1300 del Código Civil / Efectos del cese de la consolidación, artículo 1301 del Código Civil / Conclusión del proceso sin declaración sobre el fondo, artículo 321, inciso 7, del Código Procesal Civil.

– Concordancias nacionales del artículo 1191.

Consolidación, artículo 1300 del Código Civil / Efectos del cese de la consolidación, artículo 1301 del Código Civil.

OBLIGACIONES INDIVISIBLES	OBLIGACIONES SOLIDARIAS

(6) EXTINCION TOTAL DE LAS OBLIGACIONES PARA LOS ACREEDORES.

Artículo 1179.- *"La novación entre el deudor y uno de los acreedores no extingue la obligación respecto de los demás coacreedores. Estos, sin embargo, no pueden exigir la prestación indivisible sino reembolsando al deudor el valor de la parte de la prestación original correspondiente al acreedor que novó o garantizando el reembolso.*

La misma regla se aplica en los casos de compensación, condonación, consolidación y transacción."

Artículo 1190 *(primer párrafo)*.- *"Cuando los actos a que se refiere el artículo 1188 son realizados entre el deudor y uno de los acreedores solidarios sobre la totalidad de la obligación, ésta se extingue respecto a los demás coacreedores. El acreedor que hubiese efectuado cualquiera de estos actos, así como el que cobra la deuda, responderá ante los demás de la parte que le corresponda en la obligación original."*

– Fuentes nacionales del artículo 1179.

Este artículo no registra antecedentes en el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836*; así como tampoco en el *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la*

Confederación Perú-Boliviana de 1836; en el *Código Civil de 1852;* ni en el *Proyecto de Código Civil de 1890.*

El *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925,* regula el tema en sus artículos 160: "La novación entre uno de los acreedores y el deudor no extingue la obligación de éste respecto de los demás acreedores." y 162: "La remisión, transacción, compensación y confusión entre uno de los acreedores y el deudor no extinguen la obligación sino en la parte correspondiente."; en tanto que el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926,* lo hacía en sus numerales 152: "La novación entre uno de los acreedores y el deudor no extingue la obligación de éste respecto de los demás acreedores."; y 154: "La remisión, transacción, compensación y confusión entre uno de los acreedores y el deudor no extinguen la obligación sino en la parte correspondiente."; el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936,* en los artículos 1194: "La novación entre uno de los acreedores y el deudor no extingue la obligación de éste respecto de los demás acreedores."; y 1196: "La remisión, transacción, compensación y confusión entre uno de los acreedores y el deudor no extinguen la obligación sino en la parte correspondiente."; y el *Código Civil de 1936,* en los numerales 1204: "La novación entre uno de los acreedores y el deudor no extingue la obligación de éste respecto de los demás acreedores."; y 1206: "La transacción, compensación, remisión y confusión entre uno de los acreedores y el deudor no extingue la obligación sino en la parte correspondiente."

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973,* regulaba el tema en su artículo 49: "Si uno de los acreedores ha hecho remisión de la deuda o ha consentido en recibir otra prestación en lugar de la debida, el deudor no está liberado frente a los otros acreedores. Estos, sin embargo, no pueden pedir la prestación indivisible sino adeudándose o bien reembolsando el valor de la parte de aquél que haya hecho la remisión o que haya recibido la prestación diversa.- La misma disposición se aplica en caso de transacción, novación, compensación y confusión."; el

Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, lo hacía en el artículo 58: "La novación entre el deudor y uno de los acreedores no extingue la obligación respecto de los demás coacreedores. Estos, sin embargo, no pueden exigir la prestación indivisible sino reembolsando al deudor el valor de la parte de la prestación original correspondiente al acreedor que novó o garantizando el reembolso.- La misma regla se aplica en los casos de compensación, remisión, consolidación y transacción."; el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981,* en el artículo 1200: "La novación entre el deudor y uno de los acreedores no extingue la obligación respecto de los demás coacreedores. Estos, sin embargo, no pueden exigir la prestación indivisible sino reembolsando al deudor el valor de la parte de la prestación original correspondiente al acreedor que novó o garantizando el reembolso.- La misma regla se aplica en los casos de compensación, remisión, consolidación y transacción."; y, finalmente, el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984,* lo hacía en el artículo 1147: "La novación entre el deudor y uno de los acreedores no extingue la obligación respecto de los demás coacreedores. Estos, sin embargo, no pueden exigir la prestación indivisible sino reembolsando al deudor el valor de la parte de la prestación original correspondiente al acreedor que novó o garantizando el reembolso.- La misma regla se aplica en los casos de compensación, condonación, consolidación y transacción."

– Fuentes y concordancias extranjeras.

Coinciden con el artículo 1179 del Código Civil Peruano, entre otros, el Código Civil Boliviano de 1976 (artículo 438, inciso 2), el Anteproyecto de Código Civil Boliviano de Angel Ossorio y Gallardo de 1943 (artículo 760), el Proyecto de Código Civil Brasileño de 1975 (artículo 260), el Paraguayo de 1987 (artículo 505) y el Proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones y Contratos de 1927 (artículo 163, segundo párrafo).

Por su parte, el Código Civil Argentino (artículo 687) estable-

ce que sólo por el consentimiento de todos los acreedores, puede remitirse la obligación indivisible, o hacerse una quita de ella.

– *Fuentes nacionales del artículo 1190.*

Este artículo no registra antecedentes en el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836;* ni en el *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836;* así como tampoco en el *Código Civil de 1852.*

El *Proyecto de Código Civil de 1890* trata el tema en tres normas, los artículos 1551: "El acreedor solidario que ha exigido el cumplimiento de toda la obligación, o de parte de ella, o que la ha condonado, o remitido total o parcialmente, es responsable a los demás de la parte que a estos corresponde, dividido el crédito entre todos los acreedores."; 1561: "La novación, compensación, confusión o remisión de deuda, respecto de cualquiera de los acreedores solidarios, extingue la obligación."; y 3031: "La transacción celebrada con un deudor solidario aprovecha a los otros, pero no puede serles opuesta; y recíprocamente, la transacción con un acreedor solidario, puede ser invocada por los otros, mas no serles opuesta, sino por su parte en el crédito."

El *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925,* abordó el tema en sus artículos 160: "La novación entre uno de los acreedores y el deudor no extingue la obligación de éste respecto de los demás acreedores."; 172: "La novación, remisión y compensación hecha por cualquiera de los acreedores, y con cualquiera de los deudores, extingue la obligación.- El acreedor que haya ejecutado cualquiera de estos actos, así como el que cobre la deuda, responderá a los demás de la parte que les corresponde en la obligación."; y 176: "La transacción celebrada entre uno de los acreedores solidarios y el deudor extingue la obligación de éste respecto de los otros acreedores. Recíprocamente, la transacción celebrada entre uno de los deudores solidarios y el acreedor extingue la obligación respecto de los otros codeudores."; en tanto que el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de*

1926, lo hacía en sus artículos 163: "La novación, remisión y compensación hecha por cualquiera de los acreedores, y con cualquiera de los deudores, extingue la obligación.- El acreedor que haya ejecutado cualquiera de estos actos, así como el que cobra la deuda, responderá a los demás de la parte que les corresponda en la obligación."; y 167: "La transacción celebrada entre uno de los acreedores solidarios y el deudor extingue la obligación de éste respecto de los otros acreedores. Recíprocamente, la transacción celebrada entre uno de los deudores solidarios y el acreedor extingue la obligación respecto de los otros codeudores."; mientras el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936,* lo hizo en sus artículos 1206: "La novación, remisión y compensación hecha por cualquiera de los acreedores, y con cualquiera de los deudores, extingue la obligación. El acreedor que hubiese ejecutado cualquiera de estos actos, así como el que cobra la deuda, responderá a los demás de la parte que les corresponde en la obligación."; y 1209: "La transacción celebrada entre uno de los acreedores solidarios y el deudor extingue la obligación de éste respecto de los otros acreedores. Recíprocamente, la transacción celebrada entre uno de los deudores solidarios y el acreedor extingue la obligación respecto de los otros codeudores."; y el *Código Civil de 1936*, lo hacía en los numerales 1216: "La novación, remisión y compensación hecha por cualquiera de los acreedores y con cualquiera de los deudores, extingue la obligación solidaria. El acreedor que hubiese ejecutado cualquiera de estos actos, así como el que cobra la deuda, responderá a los demás de la parte que les corresponde en la obligación."; y 1219: "La transacción celebrada entre uno de los acreedores solidarios y el deudor extingue la obligación de éste respecto de los otros acreedores. Recíprocamente, la transacción celebrada entre uno de los deudores solidarios y el acreedor extingue la obligación respecto de los otros codeudores."

Ya dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973,* regulaba el tema en varias normas, los artículos 60: "La novación entre el acreedor y uno de los deudores solidarios libera a los otros deudores. Pero cuando se haya querido limitar la novación a uno solo de los deudores, los otros no quedan libera-

dos más que en cuanto a la parte de este último.- Si ha sido convenida entre uno de los acreedores solidarios y el deudor, la novación tiene efecto frente a los otros acreedores sólo en cuanto a la parte del primero."; 61: "La remisión a favor de uno de los deudores solidarios libera también a los otros deudores, salvo que el acreedor haya reservado su derecho frente a los otros, caso en el cual el acreedor no puede exigir el crédito de éstos, si no detrae la parte del deudor a favor del cual ha consentido la remisión.- Si la remisión se hace por uno de los acreedores solidarios, la misma libera al deudor frente a los otros acreedores sólo en cuanto a la parte correspondiente al primero."; 62: "La compensación entre el acreedor y uno de los deudores solidarios libera a los otros deudores.- Si es hecha entre uno de los acreedores solidarios y el deudor, la compensación tiene efecto frente a los otros acreedores sólo en cuanto a la parte del primero.- Cada uno de los deudores solidarios puede oponer en compensación el crédito de un codeudor sólo hasta la concurrencia de la parte de este último.- A uno de los acreedores solidarios el deudor le puede oponer en compensación lo que se le debe por otro de los acreedores, pero sólo en cuanto a la parte de éste."; y 64: "La transacción hecha por el acreedor con uno de los deudores solidarios no produce efecto respecto de los otros, si éstos no declaran querer aprovecharse de ella.- Igualmente, si ha tenido lugar entre uno de los acreedores solidarios y el deudor, la transacción no tiene efecto frente a los otros acreedores si éstos no declaran querer aprovecharse de ella."; en tanto que el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980,* lo hacía en su artículo 69: "Cuando los actos a que se refiere el artículo 67 son realizados entre el deudor y uno de los acreedores solidarios sobre la totalidad de la obligación, ésta se extingue respecto a los demás coacreedores. El acreedor que hubiese efectuado cualquiera de estos actos, así como el que cobra la deuda, responderá ante los demás de la parte que les corresponda en la obligación original.- Si tales actos se hubieran limitado a la parte que corresponde a uno solo de los acreedores, la obligación se extingue únicamente respecto a dicha parte."; el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981,* lo hacía en su artículo 1211: "Cuando los actos a que se refiere el artículo 1209 son realizados entre el deudor y uno de los acreedores solidarios sobre la totalidad de la obligación, ésta se extingue respecto a los demás coacreedores. El acreedor que hubiese efectuado cualquiera de estos actos, así como el que cobra la deuda, responderá ante los demás de la parte que les corresponda en la obligación original.- Si tales actos se hubieran limitado a la parte que corresponde a uno solo de los acreedores, la obligación se extingue únicamente respecto a dicha parte."; y, finalmente, el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984,* lo hizo en el numeral 1158: "Cuando los actos a que se refiere el artículo 1156 son realizados entre el deudor y uno de los acreedores solidarios sobre la totalidad de la obligación, ésta se extingue respecto a los demás coacreedores. El acreedor que hubiese efectuado cualquiera de estos actos, así como el que cobra la deuda, responderá ante los demás de la parte que les corresponda en la obligación original.- Si tales actos se hubieran limitado a la parte que corresponde a uno solo de los acreedores, la obligación se extingue únicamente respecto a dicha parte."

– Fuentes y concordancias extranjeras.

Coinciden con el artículo 1190 del Código Civil Peruano, entre otros, los Códigos Civiles Español (artículo 1143, segundo párrafo -similar al primer párrafo del artículo 1190 Peruano-), Cubano de 1988 (artículo 250), Argentino (artículo 708), Etíope (artículos 1913, 1914 y 1915), Helénico (artículo 491), Egipcio (artículo 169), Proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones y Contratos de 1927 (artículo 138), de la República de China de 1930 (artículos 276 y 286), Hondureño (artículo 1402, segundo párrafo -similar al primer párrafo del artículo 1190 Peruano-, y agrega "de la misma manera que el pago lo haría; con tal que uno de estos no haya demandado ya al deudor"-); Italiano de 1942 (artículos 1300, segundo párrafo, similar al segundo párrafo del artículo 1190 Peruano, y 1301, segundo párrafo, similar al segundo párrafo del artículo 1190 Peruano) y Panameño (artículo 642, segunda parte -similar al segundo párrafo del artículo 1190 Peruano-).

Por su parte, el Código Civil Francés (artículo 1198, segundo párrafo) establece que "no obstante, la remisión hecha por uno

solo de los acreedores solidarios, no libera al deudor más que por la parte de este acreedor."

Aunque referido al tema de la condonación, resulta pertinente mencionar al artículo 246 del Código Civil Egipcio, el mismo que establece que los codeudores no pueden recurrir contra aquel a quien fue hecha la condonación; salvo en caso de insolvencia de alguno de ellos.

– *Análisis.*

El artículo 1179 del Código Civil Peruano, bajo comentario, establece las 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.

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. Los demás coacreedores 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 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 Doménico Barbero[1] y los

(1) BARBERO, Doménico. Op. cit., Tomo III, Página 323.

juristas argentinos Jorge Joaquín Llambías[2], Alterini, Ameal y López Cabana[3] y Guillermo A. Borda[4].

No obstante haber ilustrado al artículo 1179, bajo comentario, con un ejemplo relativo a la novación, debemos dejar en claro 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 Peruano, 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.

Se señala, 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.

En relación a la novación, nos dice De Gásperi[5], 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, preconiza-

(2) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo II - A, Página 440.
(3) ALTERINI, Atilio Aníbal, AMEAL, Oscar José y LOPEZ CABANA, Roberto M. Op. cit., Tomo II, Páginas 201 y 202.
(4) BORDA, Guillermo A. Op. cit., Tomo I, Página 456.
(5) DE GASPERI, Luis. Op. cit., Tomo II, Páginas 86 y 87.

da 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 Rodiére, Giorgi y Larombiére 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 de 60,000 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 soles pactados originariamente, sino un automóvil Mercedes Benz, cuyo valor es de 75,000 soles. En este caso, el acreedor que novó responderá frente a los otros dos acreedores solidarios de la parte que les correspondía en la obligación original. Esto equivale a decir que cada uno de los dos acreedores deberá recibir 20,000 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 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 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 sus partes de la cantidad originaria, aunque sea dudosa o litigiosa, al igual que en los tres casos anteriores.

La solución del Código Civil coincide con la opinión del Doctor José León Barandiarán[6], 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."

Antes de concluir nuestros comentarios sobre el artículo 1190, debemos señalar qué pasaría en el supuesto en que uno de los coacreedores solidarios cobre el íntegro de la deuda.

En este caso, el acreedor que haya procedido de este modo 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

---

(6) LEON BARANDIARAN, José. Op. cit., Tomo II, Página 164.

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 reiterar 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. 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 señalar, para concluir, 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.

– Concordancias nacionales del artículo 1179.

Novación, artículo 1277 del Código Civil / Compensación, artículo 1288 del Código Civil / Condonación, artículo 1295 del Código Civil / Consolidación, artículo 1300 del Código Civil / Transacción, artículo 1302 del Código Civil / Conclusión del proceso sin declaración sobre el fondo, artículo 321, inciso 7, del Código Procesal Civil / Conclusión del proceso con declaración sobre el fondo, artículo 322, inciso 4, del Código Procesal Civil / Oportunidad de la transacción, artículo 334 del Código Procesal Civil.

– Concordancias nacionales del artículo 1190.

Novación, compensación, condonación o transacción entre el acreedor y uno de los codeudores solidarios, artículo 1188 del Código Civil / Indivisibilidad del pago, artículo 1221 del Código Civil.

OBLIGACIONES INDIVISIBLES	OBLIGACIONES SOLIDARIAS
(7) EXTINCION PARCIAL DE LA OBLIGACION PARA LOS ACREEDORES.	
Es inaplicable a las obligaciones indivisibles.	**Artículo 1190** *(segundo párrafo).- "Si tales actos se hubieran limitado a la parte que corresponde a uno solo de los acreedores, la obligación se extingue únicamente respecto a dicha parte."*

– *Análisis.*

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 soles -dentro del ejemplo consignando al comentar el 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.

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; y ello no obstante lo señalado por el segundo párrafo del artículo 1181, como veremos más adelante. Y si fuese divisible y solidaria, sí sería de aplicación el artículo 1190, dada la naturaleza de la divisibilidad.

OBLIGACIONES INDIVISIBLES	OBLIGACIONES SOLIDARIAS
(8) INCUMPLIMIENTO CULPOSO O DOLOSO DE LA OBLIGACION.	
Artículo 1180.- *"La obligación indivisible se resuelve en la de indemnizar daños y perjuicios. Cada uno de los deudores queda obligado por el íntegro de la indemnización, salvo aquellos que hubiesen estado dispuestos a cumplir, quienes sólo contribuirán a la indemnización con la porción del valor de la prestación que les corresponda."*	**Artículo 1195**.- *"El incumplimiento de la obligación por causa imputable a uno o a varios codeudores, no libera a los demás de la obligación de pagar solidariamente el valor de la prestación debida.* *El acreedor puede pedir el resarcimiento de los daños y perjuicios al codeudor o, solidariamente, a los codeudores responsables del incumplimiento."*

– Fuentes nacionales del artículo 1180.

Este artículo no registra antecedentes en el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836*; así como tampoco en el *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836*; en el *Código Civil de 1852;* ni en el *Proyecto de Código Civil de 1890.*

El *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925*, regulaba el tema en su artículo 163: "La obligación indivisible se resuelve en la de indemnizar daños y perjuicios desde que cualquiera de los deudores falta a su compromiso. Los deudores que hubieran estado dispuestos a cumplir los suyos, no contribuirán a la indemnización con más cantidad que la porción correspondiente del precio de la cosa o del servicio en que consistiese la obligación."; así como el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926,* lo hacía en el artículo 155: "La obligación indivisible se resuelve en la de indemnizar daños y perjuicios desde que cualquiera de los deudores falta a su compromiso. Los deudores que hubieren estado dispuestos a cumplir los suyos, no contribuirán a la indemnización con más cantidad que la porción correspondiente del precio de la cosa o del servicio en que consistiese la obligación."; en tanto que el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936,* hacía lo propio en el artículo 1197: "La obligación indivisible se resuelve en la de indemnizar daños y perjuicios. Los deudores que hubiesen estado dispuestos a cumplir, no contribuirán a la indemnización con más cantidad que la porción correspondiente del precio de la cosa o del servicio en que consistiese la obligación."; y el *Código Civil de 1936,* en el artículo 1207: "La obligación indivisible se resuelve en la de indemnizar daños y perjuicios. Los deudores que hubiesen estado dispuestos a cumplir, no contribuirán a la indemnización con más cantidad que la porción correspondiente del precio de la cosa o del servicio en que consistiese la obligación."

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973*, trataba el punto en su artículo 50: "Pierde la calidad de indivisible, la obligación que se resuelve en el pago de daños y perjuicios. Los deudores que hubiesen estado dispustos a cumplir, no contribuirán a la indemnización con más cantidad que la porción correspondiente del precio de la cosa o del servicio en que consistiese la obligación."; en tanto que el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980,* lo hacía en el numeral 59: "La obligación indivisible se resuelve en la de indemnizar daños y perjuicios. Los deudores

que hubiesen estado dispuestos a cumplir sólo contribuirán a la indemnización con la porción del valor de la prestación que les corresponda. Cada uno de los demás deudores quedará obligado por el íntegro de la indemnización."; el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981*, en el artículo 1201: "La obligación indivisible se resuelve en la de indemnizar daños y perjuicios. Los deudores que hubiesen estado dispuestos a cumplir sólo contribuirán a la indemnización con la porción del valor de la prestación que les corresponda. Cada uno de los demás deudores quedará obligado por el íntegro de la indemnización."; y, finalmente, el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984*, en el numeral 1148: "La obligación indivisible se resuelve en la de indemnizar daños y perjuicios. Cada uno de los deudores queda obligado por el íntegro de la indemnización, salvo aquellos que hubiesen estado dispuestos a cumplir, quienes sólo contribuirán a la indemnización con la porción del valor de la prestación que les corresponda."

– *Fuentes y concordancias extranjeras.*

Coinciden con el artículo 1180 del Código Civil Peruano, el Código Civil Hondureño de 1906 (artículo 1415), el Boliviano de 1976 (artículo 438, inciso 2), el Proyecto de Código Civil Brasileño de 1975 (artículo 261), el Paraguayo de 1987 (artículo 502), el Español (artículo 1150) y el Chileno (artículo 1521).

Adicionalmente, dos Códigos Civiles -el Chileno (artículo 1533) y el Ecuatoriano de 1887 (artículo 1576)- establecen que: "Es divisible la acción de perjuicios que resulta de no haberse cumplido o de haberse retardado la obligación indivisible: ninguno de los acreedores puede intentarla y ninguno de los deudores está sujeto a ella, sino en la parte que le quepa. Si por el hecho o culpa de uno de los deudores de la obligación indivisible se ha hecho imposible el cumplimiento de ella, ese sólo será responsable de todos los perjuicios."

Los mismos Códigos -Chileno (artículo 1534) y Ecuatoriano (artículo 1577)- prescriben que si de dos codeudores de un hecho que deba efectuarse en común, el uno está pronto a cumplirlo, y

el otro lo rehúsa o retarda, este sólo será responsable de los perjuicios que de la inejecución o retardo del hecho resultaren al acreedor.

– Fuentes nacionales del artículo 1195.

Dentro de la legislación colonial, podemos mencionar a la *Ley de las Siete Partidas*, Regla 18, Título XXXIV, Partida Séptima. **"La culpa del uno non deue empecer a otro que non aya parte."**

El artículo 1180 del Código Civil vigente no registra antecedentes en el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836.*

El *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana, de 1836*, trataba el tema en su artículo 799: "Si la cosa debida ha perecido por culpa o durante la demanda de uno o de muchos de los deudores **in solidum**, los demás no quedan libres de la obligación de pagar el precio de la cosa; pero no son responsables a los daños e intereses. El acreedor sólo puede repetirlos tanto contra los deudores por cuya falta ha perecido la cosa, cuanto contra los morosos."; en tanto que el *Código Civil de 1852,* no contemplaba la materia.

El *Proyecto de Código Civil de 1890* regulaba el tema en dos normas, los artículos 1552: "Pereciendo sin culpa del deudor la cosa que es objeto de obligación solidaria, ésta se extingue para todos los acreedores; y, si perece por culpa de cualquiera deudor, o éste ha incurrido en mora, todos los deudores solidarios están obligados a pagar el equivalente de la cosa."; y 1553: "Cualquiera puede exigir en el segundo caso del artículo anterior, no sólo el cumplimiento de la obligación, o pago de lo equivalente, sino la indemnización de daños y perjuicios."

El *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925,* tocaba el punto en su artículo 177: "Cuando se hiciere imposible la prestación por culpa

de alguno de los codeudores solidarios, subsistirá para todos la obligación de pagar su valor; pero por los daños y perjuicios a que hubiese lugar sólo responderá el culpado."; en tanto que el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926*, lo hacía en el numeral 168: "Cuando se hiciere imposible la prestación por culpa de alguno de los codeudores solidarios, subsistirá para todos la obligación de pagar su valor; pero por los daños y perjuicios a que hubiese lugar sólo responderá el culpado."; el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936*, en el artículo 1210: "Cuando se hiciese imposible la prestación por culpa de alguno de los codeudores solidarios, subsistirá para todos la obligación de pagar su valor; pero por los daños y perjuicios a que hubiese lugar, sólo responderá el culpado."; y el *Código Civil de 1936*, en el artículo 1220: "Cuando se hiciere imposible la prestación por culpa de alguno de los codeudores solidarios, subsistirá para todos la obligación de pagar su valor; pero por los daños y perjuicios a que hubiese lugar, sólo responderá el culpado."

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973*, trataba el tema en su artículo 66: "Si el cumplimiento de la obligación se ha hecho imposible por causa imputable a uno o varios codeudores, los otros codeudores no quedan liberados de la obligación solidaria de abonar el valor de la prestación debida. El acreedor puede pedir el resarcimiento del daño ulterior al codeudor o a cada uno de los codeudores que no han cumplido."; en tanto que el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980*, lo hizo en el numeral 74: "El incumplimiento de la obligación por causa imputable a uno o a varios codeudores, no libera a los demás de la obligación de pagar solidariamente el valor de la prestación debida.- El acreedor puede repetir el resarcimiento de los daños y perjuicios al codeudor o, solidariamente, a los codeudores responsables del incumplimiento."; el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981*, en el artículo 1216: "El incumplimiento de la obligación por causa imputable a uno o a varios codeudores, no libera a los demás de la obligación de pagar solidariamente el valor de la prestación debida.- El acreedor puede repetir el resarcimiento de

los daños y perjuicios al codeudor o, solidariamente, a los codeudores responsables del incumplimiento."; y, finalmente, el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984*, en el artículo 1163: "El incumplimiento de la obligación por causa imputable a uno o a varios codeudores, no libera a los demás de la obligación de pagar solidariamente el valor de la prestación debida.- El acreedor puede repetir el resarcimiento de los daños y perjuicios al codeudor o, solidariamente, a los codeudores responsables del incumplimiento."

– *Fuentes y concordancias extranjeras.*

Coinciden con el artículo 1195 del Código Civil Peruano, entre otros, los Códigos Civiles Portorriqueño de 1930 (artículo 1100), Ecuatoriano (artículo 1564), Boliviano de 1976 (artículo 447), Proyecto de Código Brasileño de 1975 (artículo 277), Español (artículo 1147, último párrafo), Paraguayo de 1987 (artículo 515) y Portugués de 1967 (artículo 520).

El Código Civil Costarricense de 1888 (artículo 645) establece que "los hechos u omisiones de cualquiera de los deudores solidarios aprovechan o perjudican a sus codeudores en las consecuencias legales que tales hechos u omisiones tengan respecto de la deuda, salvo el derecho de indemnización contra el deudor que por culpa o dolo perjudique a los demás"; y el Francés (artículo 1205) dispone que "si la cosa debida ha perecido por culpa o durante la mora de uno o de varios de los deudores solidarios, los demás codeudores no quedan liberados de la obligación de pagar el precio de la cosa; pero estos no están obligados por los daños y perjuicios. El acreedor puede repetir tan sólo por los daños y perjuicios tanto contra los deudores, por cuya culpa haya perecido la cosa, como contra aquellos que estuvieran en mora."

Por su parte, el Código Civil de la Provincia de Québec, en su artículo 1109, regula las obligaciones solidarias estableciendo que los codeudores no están obligados al pago de daños y perjuicios. El acreedor puede solamente repetir los daños y perjuicios contra los codeudores por falta de quienes se perdió el bien o no pudo ser entregado, como contra aquellos constituidos en mora.

Por su parte, el Proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones y de los Contratos de 1927 (artículo 134) establece que cada deudor solidario responde sólo por sus actos durante la ejecución de la obligación.

– *Análisis.*

El Código Civil Peruano establece sanciones diversas para los casos de las obligaciones indivisibles y las obligaciones solidarias, en el supuesto en que exista un incumplimiento culposo o doloso de las mismas, por parte de uno o más de uno de los codeudores.

El artículo 1180 del Código Civil contempla el caso de la obligación indivisible cuyo incumplimiento se deba a causas imputables a alguno o algunos de los codeudores. En esta hipótesis la obligación se resolverá en la de indemnizar daños y perjuicios (si éstos se hubiesen generado). Debe quedar establecido que en tales supuestos, los codeudores responsables ya no estarán obligados a pagar el valor de la prestación, sino una indemnización por los daños y perjuicios que le hubiesen causado al acreedor o acreedores de la misma.

Adicionalmente, dicho artículo establece que cada uno de los codeudores a cuya culpa o dolo se deba el incumplimiento quedará obligado por el íntegro de la indemnización, mientras que cada uno de los codeudores dispuestos a cumplir con la ejecución de la prestación solamente contribuirá a la indemnización de los daños y perjuicios en la proporción que le corresponda.

El Código Peruano, en el artículo 1180 bajo comentario, dispone que esta proporción se refiere al valor de la prestación, lo que podría llevar a entender que se está aludiendo a la prestación original (aquella que se incumplió) y no a la indemnización de daños y perjuicios a que haya lugar. Sin embargo, consideramos que la interpretación correcta es que los codeudores no culpables o no dolosos deberán por concepto indemnizatorio solamente su parte proporcional del valor de su participación en la prestación

incumplida, pero referida, sin duda, a la indemnización global de daños y perjuicios que tendría que pagarse al acreedor precisamente por la inejecución de la obligación.

En tal orden de ideas, consideramos que la redacción del texto actual del artículo 1180 del Código Civil no es la idónea, razón por la cual, más adelante, planteamos una eventual modificación legislativa del precepto.

El Código de 1984 sigue los mismos principios que su antecedente de 1936. Sobre el numeral 1207 de este último Código, el Doctor León Barandiarán señala lo siguiente[1]:

"La obligación indivisible, como toda obligación, es susceptible de transformarse en una de daños y perjuicios, que por su propia índole es divisible. Surge entonces la cuestión de saber hasta qué punto la indivisibilidad originaria trasciende a la nueva modalidad de la realización de la obligación, de la solución indemnizatoria. Ha desaparecido el obstáculo natural para una ejecución parcial.

Nuestro mismo artículo 1207 (del Código Civil de 1936) se refiere a estos asuntos; estableciendo en la primera parte, que la obligación se resuelve en la de pago de daños y perjuicios. Pero, desde luego, hay que preguntarse cuándo ello puede ocurrir. Indudablemente cuando incumple la primitiva obligación cualquiera de los deudores.

Mas es evidente que ello tendrá lugar sólo en caso de culpa.

Ahora ¿la culpa de uno de los deudores responsabilizará a los otros? La respuesta afirmativa sería insostenible."

Y agrega el maestro sanmarquino[2] que:

(1) LEON BARANDIARAN, José. Op. cit., Tomo II, Página 111.
(2) LEON BARANDIARAN, Jose. Op. cit., Tomo II, Páginas 112 y 113.

"En cuanto a la prestación misma, pues, quedan siempre responsables los que se obligaron a ella, al generarse la estipulación; la culpa en que ha incurrido uno de los correos no tiene por qué modificar la situación originaria de los otros frente al acreedor, esto es, su obligación para responder por la prestación misma convenida. Pero en lo que se refiere a los daños y perjuicios, la responsabilidad ha de ser personal, porque deriva de un hecho que en sí es siempre personal: la culpa. Sólo el deudor al que ésta atañe cargará, de consiguiente, con tales daños y perjuicios."

Hasta aquí las expresiones del Doctor León Barandiarán.

Conviene aclarar en este punto que en las relaciones internas entre los codeudores, si algún codeudor culpable asume el íntegro de la indemnización, podría repetir contra los otros codeudores culpables por sus partes. Y que, si un codeudor no culpable se ve obligado a pagar su parte de la prestación, pero el bien indivisible estaba en posesión de uno de los culpables, o el codeudor no culpable estaba dispuesto a cumplir, tendría el derecho de repetir contra este culpable por su parte de la prestación que, en vía de daños y perjuicios, hubiera pagado al acreedor.

Pensamos que hubiera sido recomendable que el Código Civil recogiera en el texto del artículo 1180 una precisión, en el sentido de que en las relaciones internas entre los codeudores sólo los culpables asumirán el íntegro de la indemnización a que haya lugar.

Estas consideraciones también las hacemos aplicables al supuesto del artículo 1195, relativo a las obligaciones solidarias, el mismo que será analizado posteriormente.

Eduardo B. Busso[3] entiende que si por cualquier circunstancia la prestación indivisible se convierte en divisible, la obligación sólo es exigible en la parte que corresponde a cada uno de los acreedores o de los deudores; agrega que será el caso de la pér-

(3) BUSSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo V, Página 90.

dida culpable del objeto indivisible, que transforma la prestación primitiva en la de pagar una suma de dinero en concepto de daños y perjuicios, tornando, por consiguiente, en divisible el objeto de la obligación. A decir de Lafaille[4], por las mismas razones por las cuales en las obligaciones divisibles, la responsabilidad es personal, podrá decirse lo propio de las obligaciones indivisibles. Estos mismos conceptos son compartidos por Eduardo B. Busso[5]. Como señala Alfredo Colmo[6], la transformación de la obligación por cambio de la prestación, aunque sea debida a culpa de uno de los deudores, modifica plenamente la situación, cuando la nueva prestación, como sería la de los daños y perjuicios, que siempre se pagan en dinero, es divisible, caso en el cual no hay sino una suma de derechos parciales, sin perjuicio de la indemnización que proceda contra el deudor culpable; vale decir, que en supuestos como éste, el valor de la pérdida es reclamable contra todos los deudores o por todos los acreedores en las proporciones que corresponda, y el valor de la utilidad dejada de percibir (que a entender de Colmo resulta propiamente lo personal) sólo es reclamable contra el deudor culpable.

El profesor brasileño Antonio José de Souza Levenhagen[7] nos dice que en estos casos la obligación pierde la calidad de indivisible, al resolverse en daños y perjuicios. A entender del autor citado, si fuera de uno solo la culpa, quedarán exonerados los otros, respondiendo solamente aquél por los daños y perjuicios. Agrega Levenhagen que, siendo una mera situación de hecho, la indivisibilidad solamente obliga a que la prestación sea ejecutada en su totalidad, porque se concreta la imposibilidad de su división en partes; razón por la cual la indivisibilidad dejará de existir una vez que la prestación se venga a transformar en divisible, sea por cambio de objeto o de sujeto, por lo que en las obligaciones que se resuelven en daños y perjuicios, aunque sean ellas indivisibles, se transformarán en divisibles, porque cambiándose a dinero, éste

(4) LAFAILLE, Héctor. Op. cit., Tomo VI, Volumen I, Páginas 207 y 208.
(5) BUSSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo V, Página 90.
(6) COLMO, Alfredo. Op. cit., Página 337.
(7) LEVENHAGEN, Antonio José de Souza. Op. cit., Páginas 57 y 58.

puede ser dividido. Alterini, Ameal y López Cabana[8] establecen que la culpa y el dolo, en las obligaciones indivisibles, son personales, por lo que, si uno de los codeudores incurre en alguno de ellos, es el único responsable del resarcimiento de los daños que su conducta ocasione al acreedor, quedando liberados los restantes deudores. Borda[9], concordando con lo señalado por Alterini, Ameal y López Cabana, expresa que es consecuencia de ello que si uno de los codeudores hace perder la cosa debida por su dolo o culpa, sólo él responde, quedando los restantes liberados de su responsabilidad por los daños y perjuicios; pero agrega que esta exención de responsabilidad ha de entenderse sólo en el supuesto de que medie una total falta de culpa; pues si se hubiesen obligado dos personas a entregar una cosa, y conviniesen los dos deudores que uno de ellos la tendrá en su poder, y el que la tiene la pierde por su culpa o dolo, es indudable que el otro también responde, porque ha faltado a la obligación de cuidado que corresponde a todo deudor de una cosa, no pudiéndose argüir con que él se ocupó de su cuidado, entregándola al otro contratante, porque en tal caso puede replicarse que, por lo menos, hubo culpa **in eligendo**.

Por otra parte, el artículo 1195 del Código Civil Peruano prescribe que el incumplimiento de la obligación solidaria por causa imputable a uno o a varios codeudores no liberará a los demás de pagar de manera solidaria el valor de la prestación debida (a diferencia del supuesto de la indivisibilidad). Esto quiere decir que la integridad de codeudores, incluso aquellos que se encontraban dispuestos a ejecutar la obligación, devendrán en deudores solidarios, en vía indemnizatoria, del valor total de la prestación respecto del acreedor común. Ya decía Pothier[10] que la falta, el hecho o la demora de uno de los codeudores no perjudica a los otros; es decir, que sólo aquél que ha cometido la falta, o que ha sido constituido en mora, ha de ser responsable de los daños y perjuicios resultantes de la inejecución de la obligación, además

(8) ALTERINI, Atilio Aníbal, AMEAL, Oscar José y LOPEZ CABANA, Roberto M. Op. cit., Tomo II, Página 203.
(9) BORDA, Guillermo A. Op. cit., Tomo I, Página 455.
(10) POTHIER, Robert Joseph. Op. cit., Páginas 223 y 224.

del valor de la cosa debida. Agrega Pothier que en cuanto al deudor sin falta alguna, y que no ha sido constituido en mora, no es responsable de otra cosa más que de pagar el precio de la cosa perecida por la falta o después de la constitución en mora de su codeudor; pues su obligación podía ciertamente perpetuarse por la falta de mora a su codeudor. Precisa Pothier que por la misma razón, sólo aquél que ha sido constituido en mora es quien debe ser responsable de los daños y perjuicios debidos por el retardo y la mora. A entender del jurista de Orléans, estos principios derivan de una ley romana, cuyos alcances restringe Dumoulin a los daños y perjuicios no expresamente estipulados, pues si lo hubiesen sido, todos los codeudores serían responsables de ellos, ya que el hecho o la mora de uno de ellos haría existir la condición de la inejecución de la obligación bajo la cual se habían todos obligado a dichos daños y perjuicios.

Para el caso de los daños y perjuicios, el segundo párrafo del artículo 1195 bajo análisis establece que el acreedor podrá pedir su resarcimiento solamente al codeudor responsable del incumplimiento, o, de ser varios los responsables, demandarlos a todos ellos de manera solidaria.

Debemos confesar que el segundo párrafo del artículo 1195, por la solución señalada, deviene en contradictorio con el primer párrafo del mismo, ya que en éste se daría a entender que responden solidariamente tanto los codeudores culpables de la inejecución como aquellos no culpables de la misma; en tanto que en el segundo párrafo pareciera establecerse que sólo responderán de manera solidaria los codeudores culpables. Esta es sin duda alguna una evidente contradicción, la misma que sería susceptible de generar erróneas interpretaciones de la norma.

El sentido correcto del precepto es que el incumplimiento de la obligación por causa imputable a uno o varios deudores, determina que cada uno de los no culpables sólo esté obligado a pagar, por concepto de daños y perjuicios, hasta el monto del valor del íntegro de la prestación incumplida, mientras que el culpable o culpables, responden, por dicho concepto, no sólo por el íntegro

de tal valor, sino por cualquier excedente indemnizatorio a que tenga derecho el acreedor.

Por lo expuesto, y porque el precepto vigente no señala en forma explícita el derecho que, en las relaciones internas, tiene el codeudor no culpable que pagó para exigir la restitución contra el codeudor culpable, luego proponemos una eventual modificación de la norma.

Cabe recordar que en esta materia existen tres corrientes doctrinarias. La primera, de origen francés, sustentada por Dumoulin y Pothier, y recogida por el Código Napoléon, que siguen los Códigos Suizo, Italiano, Brasileño y prácticamente todos los Códigos latinoamericanos, en virtud de la cual los codeudores solidarios no culpables deben, por indemnización, el íntegro del valor de la prestación, pero no sumas adicionales por daños y perjuicios. El segundo sistema, sustentado por Giorgi y después por Planiol y Ripert, que sigue, entre otros, el Código Español, en virtud del cual los codeudores deben por indemnización no sólo la estimación de la prestación, sino cualesquiera daños y perjuicios adicionales, sistema que se basa en la idea de la representación. El tercer sistema, sustentado por el Código Alemán, que se fundamenta en el pacto tácito de indivisibilidad de pago, en virtud del cual los codeudores solidarios no culpables sólo deben su parte proporcional, por indemnización, del valor de la de la prestación incumplida, mientras los culpables adeudan el íntegro de los daños y perjuicios[11].

---

(11) Giorgi (GIORGI, Giorgio. Op. cit., Volumen I, Páginas 139 y 140.), señala al respecto lo siguiente:
"En las obligaciones, la pérdida de la cosa debida corre a cargo de todos los deudores, aun cuando sea consecuencia de la culpa de uno solo entre ellos, o cuando sobrevenga también por caso fortuito después de constituirse en mora alguno de los mismos coobligados. Pero obsérvese bien, cada deudor responde solamente del precio de la cosa perdida, sin estar obligado a resarcir los daños y perjuicios que haya podido experimentar el acreedor.
Si se nos pregunta cuál es la razón de esta diferencia, responderemos que es una razón puramente histórica. Es una tentativa de conciliación de algunos textos romanos, elevados por los modernos legisladores a la dignidad de ley. En verdad, la L. 18 D. h. t. extiende

Nos dice Luis de Gásperi[12] que Pothier enseñó que el hecho, la culpa o la mora de uno de los deudores solidarios, perjudica, en verdad, a sus codeudores, **ad conservandam ete perpetuandam obligationem**, en cuanto, en caso de pérdida de la cosa, no quedan exonerados de su obligación de pagar el precio, de conformidad con la ley romana **de Duobus reis**, según la cual: **Alterius factum alteri quoque nocet**; mas, a decir del tratadista paraguayo, la culpa, el hecho o la mora de uno de ellos, como agrega Pothier, no perjudica a los otros **ad augendam ipsorum obligationem**, o sea que sólo el que ha cometido la culpa, o que ha incurrido en mora, debe "además del valor de la cosa debida", los daños e intereses que pueden resultar de la inejecución de la obligación.

A entender de De Gásperi, según esta doctrina, en caso de pérdida, la solidaridad no es completa, desde que atenta contra el principio según el cual la culpa no se transmite a los deudores. Josserand, citado por De Gásperi, califica de "racionalmente injustificable" a esta diferencia, sólo históricamente explicada por una interpretación inexacta que Dumoulin habría hecho de dos

---

los efectos damnificables de la culpa del correo a los deudores que no han participado de ella, mientras la L. 32 D. **De usuris** (XXXI, 1), y la L. 173, 2, D. **De reg. iur**. (L. 17), establecen el principio contrario. Accursio y Bartolo trataron de conciliarlas, refiriendo la primera a la hipótesis de que los correos fuesen socios; la segunda, al caso de no existir entre ellos sociedad. Cuyacio, Donello y Vinnio atribuyeron el principio de la primera ley a la culpa **in faciendo**, y el de la segunda a la culpa **in omittendo**. Dumoulin y Pothier distinguieron, en cambio, el daño intrínseco (precio de la cosa) del daño extrínseco (toda otra especie de pérdida), y aplicaron la primera ley al daño intrínseco y las otras dos al extrínseco.
La explicación intentada por Dumoulin y Pothier es rechazada por los romanistas modernos, y también por la razón natural, que enseña que debe buscarse el criterio para resolver cuando la culpa de un correo perjudica al otro correo, no en los efectos de la culpa, sino en el carácter de la representación que constituye el vínculo de la solidaridad. No obstante, aun fue aceptada por los compiladores del Código de Napoléon en el artículo 1205 y repetida por los del italiano en el 1191. Constituye, por tanto, en la vigente legislación, un principio de derecho, de cuya fuerza imperativa no puede dudarse."

(12) DE GASPERI, Luis. Op. cit., Tomo II, Páginas 48 y 49.

fragmentos, a su parecer, contradictorios del *Digesto*: el 18, XLV, 2, que dice: **alterius factum alteri nocet**, y el 32, 4 XXII, 2, **alterius mora alteri non nocet** y quizás en vez de deducir de estos fragmentos que la culpa y la mora eran de distinto modo tratadas en Derecho Romano, torturó su espíritu en descubrir una explicación que los conciliase; creyendo encontrarla él -agrega Josserand-, al decir que la culpa y la mora de uno de los codeudores perjudica a los otros en cuanto no excluye su responsabilidad por el valor de la cosa, pero que ellas le son personales en cuanto sólo el culpable responde de los daños e intereses. A decir de De Gásperi, la interpretación divinatoria, falsa para el Derecho Romano, ha pasado al Código Civil Francés. De esta forma, el error cometido por Dumoulin llegó a ser la verdad legislativa del siglo XIX; sin que sea la única vez, según Josserand -nuevamente citado por De Gásperi-, que un contrasentido jurídico ha trasegado a nuestras leyes bajo la autoridad usurpada a la razón escrita.[13].

El Código Civil Peruano, a pesar de su texto equívoco, sigue en el artículo 1195 el primer sistema; o sea que cuando la obligación es imposible por culpa de alguno de los codeudores solidarios, subsiste para todos la obligación de pagar su valor, pero por los daños y perjuicios sólo responden el culpable. Como señala el Doctor León Barandiarán[14]:

"La circunstancia de que la obligación sea **in solidum** no puede descartar el régimen propio de toda relación obligacional, en cuanto a la liberación del deudor o deudores por imposibilidad fortuita y en cuanto a la responsabilidad en que puedan quedar incursos los mismos si la inejecución es por culpa. A esta virtud,

---

(13) A este respecto, recomendamos al lector la consulta de LAFAILLE, Héctor. Op. cit., Tomo VI, Volumen I, Páginas 233 a 235; DE GASPERI, Luis. Op. cit., Tomo II, Páginas 109 a 116; BUSSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo IV, Páginas 148 a 151; SALVAT, Raymundo M. Op. cit., Tomo II, Páginas 96 a 98; ALTERINI, Atilio Aníbal, AMEAL, Oscar José y LOPEZ CABANA, Roberto M. Op. cit., Tomo II, Página 220; y BORDA, Guillermo A. Op. cit., Tomo I, Páginas 85 y siguientes.

(14) LEON BARANDIARAN, José. Op. cit., Tomo II, Páginas 165 a 168.

si la prestación debida en el caso de obligación solidaria pasiva por caso fortuito deviene imposible, antes de que alguno de los deudores se halle en mora, todos ellos resultan liberados.

La cuestión, pues, que interesa es la que atañe a cómo opera la responsabilidad frente a los deudores cuando la inejecución obedece a culpa de uno de los deudores, para determinar hasta qué punto los otros deudores, a quienes no les es imputable la culpa, resultan responsables."

Y el Doctor León Barandiarán, en su obra citada, añade lo siguiente al respecto:

"En la necesidad de optar, el sistema que sustenta el Código francés parece el mejor. Aunque se objete que no es justificable enteramente desde un punto de vista estrictamente racional, lo puede ser, conforme lo han percibido Marcadé, Toullier, Duranton, Larombiére, Baudry-Lacantinerie y Barde, como un temperamento práctico de equidad. Pero, aún más, ¿por qué se le halla contradictorio? Todo deudor debe responder de la prestación. La culpa de un codeudor no debe agravar su situación: de aquí que no responda por daños y perjuicios. Pero tampoco debe liberarlo frente al acreedor por la obligación convenida -la prestación de la cosa-, porque no ha habido caso fortuito en relación al acreedor: de ahí que responde por el equivalente de la cosa. El deudor culpado responde por el equivalente de la cosa, como obligado desde un principio a la prestación; pero únicamente él debe responder por los daños y perjuicios, por el hecho personal de la culpa. El acreedor no ve su situación alterada: puede exigir el equivalente de la cosa de cualquier deudor. El pago del equivalente de la cosa y el pago de daños y perjuicios pueden disociarse en cuanto a sus causales. El primero se debe por todos y cada uno de los deudores, por la obligación misma convenida; el segundo se debe únicamente por causa del hecho circunstancial culposo, y, por lo tanto, sólo responsabiliza a su autor. Luego, es aceptable que a los deudores no culpados se les responsabilice por el equivalente de la cosa, y no por los daños y perjuicios.

El carácter solidario de la prestación en que consiste la obli-

gación en su misma génesis, debe mantenerse y no desaparecer por el mero hecho de no poder ejecutarse sin excusa liberatoria para uno de los correos, pues de así no ser resultaría impunemente fácil conseguir eliminar la solidaridad. En verdad, la indemnización por daños y perjuicios es sólo una subsecuencia circunstancial de la obligación en sí misma, que primigeniamente está constituida para tener una ejecución natural."

Hasta aquí las expresiones del maestro de San Marcos.

Para finalizar nuestro análisis de los artículos 1180 y 1195 del Código Civil Peruano, relativos a la responsabilidad de los codeudores por la inejecución de obligaciones indivisibles y solidarias, respectivamente, vamos a dejar en claro, sin perjuicio de lo antes expresado, nuestra posición al respecto. Para ello, analizaremos cada uno de los supuestos por separado.

(1) Responsabilidad de los codeudores en la obligación indivisible.

Cuando se inejecuta una obligación puede ocurrir que ello se haya debido a que la prestación devino en imposible por culpa de alguno o algunos de los deudores. Pero también puede suceder que ese incumplimiento culposo no se haya generado por la imposibilidad de ejecución, sino simplemente porque no se deseó cumplir o no se cumplió culposamente.

Si luego del incumplimiento, la ejecución de la prestación todavía resultase posible, será evidente que, a menos que sea necesario emplear violencia contra las personas de los deudores, el acreedor, si lo estima conveniente, podrá demandar judicialmente la ejecución forzosa de la obligación, además de los daños y perjuicios a que haya lugar.

En caso contrario, es decir, si la obligación que no se ejecutó ha devenido en imposible por culpa de alguno o algunos de los deudores, será evidente que el único camino que le quedará al acreedor será el de demandar una indemnización por los daños y perjuicios sufridos.

En caso de que se llegue a ejecutar la prestación originaria, los codeudores tendrán derecho a exigir del acreedor el pago de la correspondiente contraprestación, si la hubiere. En caso de que no se llegue a ejecutar la prestación originaria, también resulta claro que dichos codeudores no podrán exigir, en modo alguno, la contraprestación, si la hubiere.

Es claro que si la prestación originaria resulta exigible y de cumplimiento posible, los codeudores obligados responderán de manera indivisible por la misma, pues así se han obligado.

Lo que queremos dejar sentado es que la discusión sobre el carácter de divisible o indivisible no versa sobre la prestación originaria en sí, la que es indivisible sin lugar a dudas. La discusión versa sobre el carácter que tendrá la prestación indemnizatoria por concepto de los daños y perjuicios ocasionados al acreedor común.

Esta obligación, que al ser dineraria, es por esencia divisible, también mantendrá tal carácter para los codeudores no responsables en la inejecución de la obligación, quienes sólo responderán, por daños y perjuicios, por el monto proporcional que les corresponde en la prestación incumplida; mientras que los codeudores culpables responderán por el íntegro de tal indemnización, siendo obvio que, en las relaciones internas entre los codeudores, sólo los culpables asumirán la indemnización debida.

(2) Responsabilidad de los codeudores en la obligación solidaria.

Siguiendo el mismo razonamiento que efectuamos para el caso de la indemnización de las obligaciones indivisibles, diremos que la solución para el supuesto de las obligaciones solidarias es distinta. La divisibilidad natural de la obligación de indemnizar daños y perjuicios, hace que los codeudores no culpables de la inejecución en la obligación de prestación indivisible puedan responder, frente al acreedor común, sólo por su parte proporcional del valor de la prestación. Esta divisibilidad varía en lo que respecta a las obligaciones solidarias. La solidaridad, y en el caso

bajo tratamiento, la solidaridad pasiva, implica una forma de contraer la obligación agravando la situación de los codeudores de la misma, de modo tal que esta característica, más allá de si su ejecución resulta posible o no, se trasladará a la indemnización por los daños y perjuicios que eventualmente se causen al acreedor o acreedores comunes, con la restricción de que los no culpables sólo indemnizan solidariamente hasta por el íntegro del valor de la prestación incumplida, mientras que los culpables responden, también solidariamente, por el total de la indemnización debida; resultando, empero, que en las relaciones internas entre los codeudores sólo los culpables asumirán el íntegro de la indemnización.

Es así que luego de analizar el tema de la indemnización en las obligaciones indivisibles con pluralidad de deudores y en las obligaciones con solidaridad pasiva, podemos llegar a la conclusión de que ninguna de las teorías a que anteriormente hicimos referencia explica cabalmente el problema, ya que el mismo no debe dirigirse a resolver la forma como están obligados dichos codeudores a la ejecución de la prestación debida originariamente, sino a cómo deberán cumplir con la indemnización de daños y perjuicios que ocasione el incumplimiento o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación.

Por último, debemos señalar que si la obligación fuese indivisible y solidaria, primaría el principio del artículo 1195, por ser dicha norma propia de la solidaridad, y además por lo establecido en el segundo párrafo del artículo 1181 del Código Civil.

Si la obligación fuese divisible y solidaria, igualmente regiría el artículo 1195, y si fuese mancomunada e indivisible, se aplicaría el artículo 1180.

- ***Propuesta de eventual modificación legislativa del artículo 1180.***

Artículo 1180.- "La obligación indivisible se resuelve en la de indemnizar daños y perjuicios. Cada uno de los deudores culpables

queda obligado por el íntegro de la indemnización. Los codeudores no culpables sólo contribuirán con la parte de la indemnización proporcional al valor de su participación en la prestación incumplida.

Sin embargo, en las relaciones internas entre los codeudores, sólo los culpables asumirán el íntegro de la indemnización debida."

– *Fundamento.*

Proponemos efectuar la modificación indicada, pues el texto actual del artículo 1180 del Código Civil Peruano no reviste la claridad meridiana que exige el tema.

Asimismo, consideramos preciso agregar un segundo párrafo al precepto, el mismo que a nuestro entender resulta indispensable, pues en las relaciones internas los únicos que deben el íntegro del monto de la indemnización son los codeudores culpables del incumplimiento.

– *Concordancias nacionales del artículo 1180.*

Prestación indivisible, artículo 1175 del Código Civil / Irresponsabilidad del deudor, artículo 1317 del Código Civil / Obligación de indemnizar, artículo 1321 del Código Civil.

– *Propuesta de eventual modificación legislativa del artículo 1195.*

Artículo 1195.- "El incumplimiento de la obligación por causa imputable a uno o a varios codeudores, determina que estos respondan solidariamente por el íntegro de la indemnización. Los codeudores no culpables sólo contribuirán a dicha indemnización, también solidariamente, con el íntegro del valor de la prestación incumplida.

Sin embargo, en las relaciones internas entre los codeudores, sólo los culpables asumirán dicha indemnización."

– *Fundamento.*

Proponemos efectuar las modificaciones indicadas al artículo 1195 del Código Civil, debido a que su texto actual no reviste la claridad deseada.

En tal sentido, dejamos establecido claramente que al tratarse de una obligación solidaria, y ante la inejecución de la misma, los deudores culpables o dolosos responderán solidariamente por el íntegro de la indemnización debida, mientras que los no culpables sólo responderán solidariamente, en su contribución a los daños y perjuicios, por el valor de la prestación incumplida.

El segundo párrafo, a nuestro entender, resulta indispensable, pues en las relaciones internas los únicos que deben asumir el íntegro del monto de la indemnización son los codeudores culpables del incumplimiento.

– *Concordancias nacionales del artículo 1195.*

Incumplimiento de obligación indivisible, artículo 1180 del Código Civil / Irresponsabilidad del deudor, artículo 1317 del Código Civil / Obligación de indemnizar, artículo 1321 del Código Civil.

OBLIGACIONES INDIVISIBLES	OBLIGACIONES SOLIDARIAS
(9) APLICACION DE LAS NORMAS DE LAS OBLIGACIONES SOLIDARIAS A LAS OBLIGACIONES INDIVISIBLES.	
Artículo 1181.- "Las obligaciones indivisibles se rigen, además, por los artículos 1184, 1188, 1192, 1193, 1194, 1196, 1197, 1198, 1199, 1203 y 1204. Si la obligación indivisible es solidaria, se aplican las normas de la solidaridad, así como lo dispuesto por el artículo 1177."	*El texto del artículo 1181 del Código Civil, determina que no exista precepto correlativo para los casos de solidaridad.*

– *Fuentes nacionales del artículo 1181.*

Este artículo no registra antecedentes en el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836*; en el *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836;* en el *Código Civil de 1852;* en el *Proyecto de Código Civil de 1890;* en el *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925;* ni en el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión*

Reformadora, de 1926. El *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936,* y el *Código Civil de 1936,* también guardan silencio sobre el particular.

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973,* tampoco trata el tema. Este es abordado por primera vez en el Perú en el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980,* con sus artículos 54: "Las obligaciones indivisibles se rigen por las normas de las obligaciones solidarias, salvo lo dispuesto por los artículos siguientes.- Tampoco se aplican a las obligaciones indivisibles las reglas previstas por los artículos 62, 68, 79, 80 y 81."; y 60: "Si la obligación indivisible es solidaria, se aplicarán las normas de la solidaridad, subsistiendo, sin embargo, lo dispuesto por el artículo 56."

Luego, el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981*, trató el tema en los numerales 1196: "Las obligaciones indivisibles se rigen por las normas de las obligaciones solidarias, salvo lo dispuesto por los artículos siguientes.- Tampoco se aplican a las obligaciones indivisibles las reglas previstas por los artículos 1204, 1210, 1221, 1222 y 1223."; y 1202: "Si la obligación indivisible es solidaria, se aplicarán las normas de la solidaridad, subsistiendo, sin embargo, lo dispuesto por el artículo 1198."; mientras el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984,* lo hizo en su artículo 1149: "Las obligaciones indivisibles se rigen, además, por los artículos 1152, 1156, 1160, 1161, 1162, 1164, 1165, 1166, 1167, 1171 y 1172.- Si la obligación indivisible es solidaria, se aplican las normas de la solidaridad, así como lo dispuesto por el artículo 1145."

– Fuentes y concordancias extranjeras.

El Código Civil Paraguayo de 1987 (artículo 506), el Proyecto de Código Civil Colombiano (artículo 439) y el Código de la República de China de 1930 (artículo 288), puntualizan que si son varios los que deben una prestación indivisible, responden como

deudores solidarios; y que en general, las normas aplicables a las obligaciones solidarias se aplican correlativamente a las obligaciones indivisibles.

El Código Civil Italiano de 1942 (artículo 1317) establece que "las obligaciones indivisibles son reguladas por las normas relativas a las obligaciones solidarias, en cuanto sean aplicables, salvo lo dispuesto por los artículos siguientes."

– Análisis.

El artículo 1181 del Código Civil Peruano de 1984 constituye, a nuestro entender, una norma sumamente válida, ya que su finalidad es la determinar nítidamente las más importantes consecuencias jurídicas de la indivisibilidad y de la solidaridad. En este tema el Código Peruano está a la avanzada, pues no es usual que los cuerpos legislativos contengan tales precisiones.

En el primer párrafo del artículo 1181 se contempla el supuesto de una obligación indivisible y mancomunada, que, como hemos dicho en ocasiones anteriores, se rige por los preceptos de la indivisibilidad.

Y ello porque la obligación mancomunada no tiene reglas propias en el Código Civil, y, en virtud de lo dispuesto por el artículo 1182, se regula por las normas de las obligaciones divisibles (artículos 1172, 1173 y 1174). De modo tal que a una obligación indivisible y mancomunada tendrían que aplicarse, en rigor, conjuntamente, los principios de las obligaciones indivisibles y los de las obligaciones divisibles; pero como la indivisibilidad destruye a la divisiblidad, sólo rigen las normas de las obligaciones indivisibles.

En segundo lugar, podemos afirmar que existen determinados preceptos de las obligaciones solidarias, que, por su naturaleza, también resultan indispensables para la solución de problemas susceptibles de plantearse en las obligaciones indivisibles, obliga-

ciones que no contienen normas propias respecto de esos temas particulares.

Así las cosas, para completar el tratamiento de las obligaciones indivisibles, hubiera sido necesario, de no existir la norma de remisión del primer párrafo del artículo 1181, repetir en el título correspondiente a las obligaciones indivisibles, textos similares a los previstos por los artículos 1184, 1188, 1192, 1193, 1194, 1196, 1197, 1198, 1199, 1203 y 1204, para las obligaciones solidarias. Y ello hubiera sido indispensable a fin de no dejar al acaso situaciones jurídicas que genera la indivisibilidad.

De allí, la razón del primer párrafo del artículo 1181.

Por otra parte, debemos señalar que el segundo párrafo del artículo 1181 del Código Civil Peruano considera que si la obligación indivisible es solidaria, se aplican las normas de la solidaridad, así como lo dispuesto por el artículo 1177. Este precepto está destinado a resolver el no poco frecuente problema de que una obligación sea, simultáneamente, indivisible y solidaria.

Claro está, lo hemos dicho en reiteradas ocasiones, que ésta constituye la manera más conveniente de obligarse para el acreedor (en el caso de pluralidad de deudores), a la par que la más gravosa para los diversos codeudores frente a uno o varios acreedores comunes.

Hemos señalado que las obligaciones solidarias se rigen, en ciertas ocasiones, por normas distintas de aquellas que corresponden a las obligaciones indivisibles. Ocurre que en algunos casos los efectos de ambas obligaciones son semejantes, mientras que en otros no lo son. Ejemplo de este último supuesto sucede en el caso previsto por los artículos 1177 y 1187, los que nos hacen ver que mientras la indivisibilidad se hereda en esta condición, la obligación solidaria no se hereda en la misma condición, sino en calidad de mancomunada.

Pero en relación al resto de normas, la situación que legislativamente es solucionada por el segundo párrafo del artículo 1181, en la práctica ofrece algunos inconvenientes adicionales, los mismos que venimos analizando en el tratamiento paralelo de las obligaciones indivisibles y solidarias.

No obstante la bondad del principio contenido en el segundo párrafo del artículo 1181 del Código Civil, pues él constituye una norma pertinente, fundada en estrictas razones de certeza y de economía legislativa, lo consideramos imperfecto.

Luego de efectuar un minucioso análisis de cada una de las reglas de las obligaciones solidarias, que en virtud de lo dispuesto por el referido segundo párrafo del artículo 1181 se aplicarían a las obligaciones en que concurran las calidades de indivisible y solidaria, llegamos a la siguiente conclusión: No todas las normas de las obligaciones solidarias son susceptibles de aplicarse al supuesto de una obligación indivisible y solidaria, ya que en dichos casos, por la naturaleza indivisible de la obligación, lo propio sería regularlas por los preceptos de la indivisibilidad.

Así vemos que el artículo 1187, norma propia de la solidaridad, no rige cuando una obligación es a la vez indivisible y solidaria; ya que en este caso, en virtud de lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 1181, va implícito que al aplicarse el numeral 1177, se deja de lado al artículo 1187; pero ello no se señala con claridad suficiente. Aunque este principio jurídico, sin duda, es absolutamente idóneo.

No sucede lo mismo con relación al artículo 1189, referido a la posibilidad de que uno de los codeudores practique con el acreedor común una novación, una compensación, una condonación o una transacción, respecto de la obligación, pero limitándose a la parte de dicho codeudor. Esta regla, propia de la solidaridad, no sería posible aplicarla a las obligaciones de prestación indivisible, pues no pueden negociarse parcialmente dichos actos, dada la naturaleza de la prestación.

Lo propio ocurre con el segundo párrafo del artículo 1190, norma de solidaridad activa, cuando se ubica en el supuesto de que tales actos hubieran sido realizados entre el deudor común y

uno de los acreedores, pero limitándose a la parte que corresponda a este último.

En relación al artículo 1191, precepto propio de la solidaridad, al establecer que la consolidación operada en uno de los acreedores o deudores solidarios sólo extingue la obligación en la parte correspondiente al acreedor o deudor, deviene en incompleta, y no regula el tema contemplando la naturaleza propia de las obligaciones indivisibles. En tal sentido, el artículo 1191 para el caso de las obligaciones indivisibles y solidarias, nos parece incompleto e insuficiente, razón por la que consideramos necesario aplicar a las mismas lo dispuesto por los artículos 1178 y 1179, segundo párrafo, que sí regulan de manera adecuada el tema de la consolidación en las obligaciones indivisibles.

Además, observamos que el artículo 1200, norma propia de la solidaridad, deviene en inaplicable cuando nos encontramos en presencia de una obligación que reúna a la vez las condiciones de indivisible y solidaria, pues en este caso, dada la naturaleza de la indivisibilidad, resultaría imposible que el acreedor renunciara a la indivisibilidad en favor de uno de los deudores, salvo que se tratara del caso de una indivisibilidad por pacto.

Lo mismo ocurre con el artículo 1201, norma propia de la solidaridad, que regula el supuesto del acreedor que renuncia a la solidaridad respecto de uno de los deudores, cuando alguno de los otros fuese insolvente, precepto que, a todas luces, resulta inaplicable si la obligación es, además de solidaria, indivisible, con la salvedad de la indivisibilidad contractual, también susceptible de renuncia.

Luego de haber visto los preceptos de solidaridad que no pueden aplicarse cuando una obligación es además indivisible -no obstante lo establecido por el segundo párrafo del artículo 1181-, nos corresponde señalar que tal como lo hemos dejado entrever anteriormente, existen determinados preceptos de las obligaciones indivisibles, que deberían ser de aplicación a una obligación cuando reúna a la vez las condiciones de indivisible y solidaria.

En primer lugar, el artículo 1177, relativo a la manera o condición en que se hereda la indivisibilidad, norma que acertadamente incluye el artículo 1181 del Código Civil en su segundo párrafo, la misma que desplaza, como ha sido anotado, al artículo 1187, precepto propio de la solidaridad.

Adicionalmente, como dijimos en su momento, consideramos que deberían también aplicarse a las obligaciones que simultáneamente sean indivisibles y solidarias, los artículos 1178 y 1179, segundo párrafo, preceptos propios de las obligaciones indivisibles, los mismos que desplazan por incompleto e insuficiente, al artículo 1191, que debe ser privativo de la solidaridad.

- ***Propuesta de eventual modificación legislativa del artículo 1181.***

Artículo 1181.- "Las obligaciones indivisibles se rigen por sus propias normas y por los artículos 1184, 1188, 1192, 1193, 1194, 1196, 1197, 1198, 1199, 1203 y 1204.

Si la obligación indivisible es solidaria, se aplican los artículos 1177, 1178 y 1179 y, además, las normas de la solidaridad, salvo en este último caso, lo dispuesto por los artículos 1187, 1189, 1190, segundo párrafo, 1191, 1200 y 1201."

- ***Fundamento.***

Consideramos, tal como lo hemos expresado en el análisis que efectuamos anteriormente al artículo 1181 del Código Civil, que el segundo párrafo del mismo no está correctamente concebido, ya que existen algunas normas de la solidaridad cuya aplicación a una obligación que reúna, a la vez, las calidades de solidaria e indivisible, es un imposible jurídico. De ahí la exclusión de los artículos 1187, 1189, 1190, segundo párrafo, 1191, 1200 y 1201.

Por otra parte, en adición al artículo 1177, los artículos 1178

y 1179 también deben aplicarse a las obligaciones que sean indivisibles y solidarias.

– Concordancias nacionales.

Transmisión de indivisibilidad a herederos, artículo 1177, segundo párrafo, del Código Civil / Solidaridad, artículo 1184, primer párrafo, del Código Civil / Novación, compensación, condonación y transacción, artículo 1188, primer párrafo, del Código Civil / Excepciones oponibles, artículo 1192 del Código Civil / Efectos de sentencia, artículo 1193, primer párrafo, del Código Civil / Constitución en mora, artículo 1194, primer párrafo, del Código Civil / Interrupción de la prescripción, artículo 1196, del Código Civil / Suspensión de la prescripción, artículo 1197, primer párrafo, del Código Civil / Renuncia a la prescripción, artículo 1198, primer párrafo, del Código Civil / Reconocimiento de deuda, artículo 1199, primer párrafo, del Código Civil / Relaciones internas de los codeudores o coacreedores solidarios, artículo 1203, primer párrafo, del Código Civil / Codeudor insolvente, artículo 1204, primer párrafo, del Código Civil / Obligaciones solidarias, artículo 1204, segundo párrafo, del Código Civil.

OBLIGACIONES INDIVISIBLES	OBLIGACIONES SOLIDARIAS
(10) PRESUNCION.	
La indivisibilidad no se presume (artículos 1172 y 1173).	**Artículo 1183.**- *"La solidaridad no se presume. Sólo la ley o el título de la obligación la establecen en forma expresa."*

– Fuentes nacionales del artículo 1183.

El *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836*, no registra antecedente alguno sobre el tema.

El *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836* regula la materia en varias normas; los artículos 791: "Hay mancomunidad entre los acreedores, cuando el título concede expresamente a cada uno de ellos el derecho de exigir el pago total del crédito, y cuando el pago hecho a uno de ellos libra al deudor, aun cuando el beneficio de la obligación sea partible entre los diferentes acreedores."; 792: "Toca al deudor elegir a cuál de los acreedores ha de satisfacer, mientras que alguno de ellos no le haya movido pleito. Sin embargo, la remisión que no se hace más que por uno de ellos, no le aprovecha sino en lo que a éste le corresponde."; 794: "Hay mancomunidad entre los deudores, cuando están obligados a una misma cosa; de ma-

nera que uno pueda ser reconvenido por el total, y cuando el pago que hace uno, deja libres a los demás."; 795: "La obligación puede ser mancomunada, aunque uno de los deudores esté obligado de diferente modo que el otro al pago de una misma cosa, por ejemplo, si uno está obligado condicionalmente y el otro no, o si el uno tiene término, y no el otro."; y 796: "La mancomunidad no se presume: es menester que sea estipulada expresamente. Esta regla no falla sino en el caso en que el derecho la supone, en virtud de una disposición particular de la ley."

El *Código Civil de 1852* no registra antecedente alguno sobre el punto.

El *Proyecto de Código Civil de 1890* regula el tema en varios preceptos; los artículos 1542: "Son títulos constitutivos de solidaridad el contrato, el testamento y la decisión judicial con fuerza de cosa juzgada."; 1543: "La solidaridad no se presume, debe probarla el que la alega."; y 1544: "Para que se tenga por solidaria una obligación, es necesario que se exprese la solidaridad en términos inequívocos, ya sea, obligándose los deudores que contratan **in-solidum**, o cada uno por el todo, o cualquiera de ellos por los otros, ya afirmando terminantemente la ley, o la sentencia que imponen o declaran solidaridad."

Por otra parte, el *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925*, trata sobre el particular en los numerales 164: "La concurrencia de dos o más acreedores o de dos o más deudores en una sola obligación, no implica que cada uno de aquéllos tenga derecho a pedir, ni cada uno de éstos deba prestar íntegramente las cosas objeto de la misma. Sólo habrá lugar a esto cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria."; y 166: "La solidaridad no se presume, y sólo proviene de la voluntad de las partes o de la ley."; en tanto que el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926*, lo hace en el artículo 156: "La concurrencia de dos o más acreedores o de dos o más deudores en una sola obligación, no implica que cada uno de aquéllos tenga derecho a pedir, ni cada uno de éstos deba prestar íntegramente las cosas objeto de la

misma. Sólo habrá lugar a esto cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria."; mientras que el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936,* regula el tema en el artículo 1199: "La concurrencia de dos o más acreedores, o de dos o más deudores, en una sola obligación, no implica que cada uno de aquéllos tenga derecho a pedir, ni cada uno de éstos deba prestar íntegramente las cosas objeto de la misma. Sólo habrá lugar a esto, cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria."; y el *Código Civil de 1936*, en el artículo 1209: "La concurrencia de dos o más acreedores o de dos o más deudores en una sola obligación, no implica que cada uno de aquéllos tenga derecho a pedir, ni cada uno de éstos deba prestar íntegramente las cosas objeto de la misma. Sólo habrá lugar a esto cuando la ley o la obligación expresamente lo determine constituyéndola con el carácter de solidaria."

Ya dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973*, tiene el artículo 51: "La concurrencia de dos o más acreedores o de dos o más deudores en una sola obligación, no implica que cada uno de aquéllos tenga derecho a pedir, ni cada uno de éstos deba prestar íntegramente las cosas objeto de la misma. Sólo habrá lugar a esto cuando la ley o la obligación expresamente lo determinan constituyéndola con el carácter de solidaria."; en tanto que el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980,* cuenta con el numeral 62: "La solidaridad no se presume. Sólo la ley o el título de la obligación en forma expresa la determinan."; el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981,* con el artículo 1204: "La solidaridad no se presume. Sólo la ley o el título de la obligación en forma expresa la determinan."; y el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984,* con el artículo 1151: "La solidaridad no se presume. Sólo la ley o el título de la obligación la establecen en forma expresa."

– ***Fuentes y concordancias extranjeras.***

El Proyecto de Código Franco-Italiano de las Obligaciones y Contratos de 1927 (artículo 159) establece que la solidaridad no otorga a la obligación el carácter de indivisible. Define (artículo 128) a la obligación solidaria, de la siguiente manera: la obligación es solidaria cuando varios deudores están obligados a una misma cosa, de manera que cada uno pueda ser constreñido al pago por la totalidad y el pago hecho por uno solo libera a los otros deudores, o cuando varios acreedores tienen todos el derecho de demandar el pago por el total de la acreencia y el pago hecho a uno de ellos, libera al deudor respecto de todos.

Coinciden con el artículo 1183 del Código Civil Peruano, entre otros, los Códigos Civiles Francés (artículo 1202), que añade que "esta regla no cesa sino en los casos en que la solidaridad tiene lugar de pleno derecho, en virtud de una disposición de la ley"; el Costarricense de 1888 (artículo 638 -agregando "o de disposición de un testamento"-), el Proyecto de Código Civil Colombiano (artículo 434 -puntualizando que la solidaridad debe ser declarada por escrito en todos los casos en que no lo establece la ley. En los negocios jurídicos se presume la solidaridad cuando fueren varios los deudores-); y los Códigos Uruguayo (artículo 1391), Ecuatoriano (artículo 1554, tercer párrafo), Venezolano de 1942 (artículo 1223), Venezolano de 1880 (artículo 1133), Chileno (artículo 1511, tercer párrafo), Boliviano de 1976 (artículo 435), Anteproyecto de Código Civil Boliviano de Angel Ossorio y Gallardo de 1943 (artículo 743), Guatemalteco de 1973 (artículo 1353), Anteproyecto Paraguayo de Luis de Gásperi (artículo 979), Paraguayo de 1987 (artículo 510), Portugués de 1967 (artículo 513), Español (artículo 1137), Brasileño (artículo 896, primer párrafo), Proyecto de Código Civil Brasileño de 1975 (artículo 263), Argentino (artículo 700), Cubano de 1988 (artículo 248, inciso 4), Código Civil de la República Socialista Federativa Soviética de Rusia de 1922 (artículo 115), Egipcio (artículo 162), Proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones y Contratos de 1927 (artículo 130), Código de la República de China de 1930 (artículo 272 -similar en su segunda parte al artículo 1183 del Peruano-) y el Código de la Provincia de Québec (artículo 1105), el cual agrega que "La solidaridad tiene lugar de pleno derecho en virtud de una disposición de la ley. Ella no se aplica, sin embargo, a los actos de comercio, cuyas obligaciones se presumen solidarias, salvo los casos regulados de diversa manera por las leyes especiales."

El Código Argentino (artículo 701) prescribe que para que la obligación sea solidaria, es necesario que en ella esté expresa la solidaridad por términos inequívocos, ya obligándose **in solidum**, o cada uno por el todo, o el uno por los otros, etc., o que expresamente la ley la haya declarado solidaria.

Debe señalarse, por otra parte, que el Código Mexicano (artículo 1988) establece que "la solidaridad no se presume, resulta de la ley o de la voluntad de las partes."

Establecen el principio opuesto al del Código Civil Peruano, es decir, presumen la solidaridad, entre otros, el Código Alemán (artículo 427 -si varios se obligan por contrato conjuntamente a una prestación divisible, responden en la deuda como deudores solidarios-), el Código Civil Italiano de 1942 (artículo 1294) y el Código Civil Etíope, en su artículo 1896.

– ***Análisis.***

Queremos, en este punto, precisar que la solidaridad, si bien afín a la indivisibilidad, responde a una naturaleza diferente que ésta última. A decir de Alfredo Colmo, las distinciones habituales hechas entre las obligaciones solidarias y las obligaciones indivisibles, no aclaran -por lo general- las cosas. A entender del citado profesor argentino, esa relativa multiplicidad y unidad, lo mismo que la independencia en el juego de los distintos vínculos, también existe, si bien en menor (y a veces en mayor) grado en las obligaciones indivisibles; de ahí que no se vea en qué se distinguen éstas de las solidarias. De esta forma -agrega Colmo-, a pesar de que en las obligaciones indivisibles se tiene la razón en lo indivisible de la prestación, en el elemento objetivo de la obligación, al paso que en las solidarias se tienen consideraciones de otro orden, como es la intención de las partes o la voluntad del le-

gislador, con ello no haríamos otra cosa que alejar la dificultad sin resolverla. A entender de Colmo, en la obligación indivisible, desde luego, también existe ese elemento intencional, al revés que cuando hay una solidaridad activa, que jamás es legal; por lo que, fuera de ello, tanto en indivisibilidad como en solidaridad, la ley no hace sino interpretar la voluntad presunta de las partes, de suerte que siempre queda por explicar por qué en un caso la ley habla de solidaridad, y por qué en otro caso habla de indivisibilidad. En adición a lo señalado, Alfredo Colmo reflexiona en el sentido de que aunque se precisa el asunto diciéndose que la ley habla de indivisibilidad cuando haya prestaciones no divisibles, y de solidaridad cuando se trate de obligaciones en las cuales, con independencia de la naturaleza divisible o no de las respectivas prestaciones, se quiere favorecer al deudor, para que pague a cualquiera de los acreedores (sin contar con que se trataría de un beneficio muy dudoso), o beneficiar al acreedor (para que pueda cobrar a cualquiera de los deudores), y aun cuando se insista en que con ello se tiende a la rapidez, a la liquidación más fácil de las obligaciones, siempre permanece como indiscutible el hecho fundamental de que tanto en las obligaciones indivisibles como en las solidarias, el acreedor puede cobrar al deudor que quiera, como el deudor puede pagar al acreedor que le parezca, sin contar que en no pocos de los efectos accidentales unas y otras se conducen de igual modo; agrega que por eso procede poner en tela de juicio el criterio de fondo que pretende distinguir entre ambas; esto se traduce -como ha sido señalado por nosotros oportunamente- en que algunos Códigos Civiles contemporáneos, como el alemán, legislen unas y otras obligaciones en un capítulo común (que en ese Código se titula "Pluralidad de deudores o de acreedores"), y en que algunos autores como Windscheid, hablen de solidaridad al referirse a la indivisibilidad, como no faltan otros, como Mackelde y Bonfante, que consideren que una de las fuentes de la obligación solidaria en Derecho Romano era la indivisibilidad de la prestación.

En otros Códigos Civiles, como el Italiano de 1942, los efectos de las obligaciones solidarias son los mismos que aquellos de

las indivisibles. Por ello, Alberto Trabucchi[1] llega a decir que la función práctica de la solidaridad consiste en un reforzamiento del derecho del acreedor, en parte como garantía, en parte como favorecimiento de la exacción del crédito. La indivisibilidad, por el contrario, atiende a hacer posible la realización unitaria de la obligación, produciendo efectos más generales, sobre todo cuando se establecen en favor de varios deudores; mientras que en la sucesión hereditaria no se crea un vínculo de solidaridad entre los coherederos -estando cada coheredero obligado sólo por su parte-, en tanto que las consecuencias de la indivisibilidad se extienden también a los coherederos.

A entender del profesor brasileño Antonio José de Souza Levenhagen[2], las obligaciones indivisibles y las solidarias tienen mucha semejanza -de ahí la posibilidad de confusión- porque tanto en unas como en otras el acreedor tiene el derecho de exigir la deuda por entero, a pesar de que factores relevantes las tornan diferentes, pues la indivisibilidad resulta de la naturaleza de la prestación, mientras la solidaridad resulta del título de la obligación. A entender de Levenhagen, son tres las diferencias fundamentales entre ambas clases de obligaciones, las mismas que resume de la siguiente manera: (1) La solidaridad cesa con la muerte del acreedor, fraccionándose el crédito entre sus herederos; lo mismo no sucede con la indivisibilidad, que no pierde ese aspecto por ser de la propia naturaleza de la obligación; (2) En la solidaridad, el deudor solidario debe la totalidad de la prestación; en cuanto a la indivisibilidad él es el obligado por el todo, pero sólo debe su parte; (3) La obligación solidaria, a pesar de convertirse en daños y perjuicios, mantiene su calidad de solidaria; y no sucede lo mismo con la obligación indivisible, que se transforma en divisible, porque la indivisibilidad que la caracteriza está en la naturaleza de la prestación y ésta se torna divisible.

Antes de iniciar el análisis del artículo 1183 del Código Civil Peruano, queremos hacer algunas precisiones conceptuales en

(1) TRABUCCHI, Alberto. Op. cit., Tomo II, Página 31.
(2) LEVENHAGEN, Antonio José de Souza. Op. cit., Página 58.

relación a la solidaridad. El profesor Eduardo Dato, en el prólogo de la obra de Giorgi[3], expresa que existen autores y Códigos Civiles que, creyendo de este modo atender a las exigencias de la claridad en el tecnicismo, admiten como nombre genérico de todas las obligaciones en que exista pluralidad de sujetos activos o pasivos, el de mancomunadas, distinguiendo luego dentro de dicha especie los dos conceptos tradicionales de obligaciones simples o propiamente mancomunadas y de obligaciones solidarias; añade que otros autores, en la imposibilidad de precisar bien la distinción entre ambas expecies, llaman mancomunadas a las primeras y solidarias a las segundas; no faltando también leyes antiguas y modernas que prescindan de las mancomunadas y traten sólo de las solidarias, como si éstas fueran las únicas en las que pueda darse el problema de la conjunción de acreedores o deudores. Eduardo Dato, en el prólogo de la magistral obra de Giorgi, llega a criticar la redacción que sobre el particular adoptaba el Código Civil Peruano de 1852, que en buena cuenta, consideraba sinónimos a ambos conceptos, empleando la denominación de acreedores o deudores mancomunados con el mismo valor que el de solidarios, agregando que dicha sinonimia o confusión terminológica no altera la doctrina, porque la ley madre, o fundamental de la misma, es idéntica e integra la reclamación total e indivisa de la obligación en la que tienen carácter solidario, en oposición a la simple mancomunidad, en la que dividen la responsabilidad o la acción entre la pluralidad de personas que como sujetos activos o pasivos intervengan en la misma.

El propio Giorgi[4] recordaba que la palabra solidaridad no es creación de la ley, sino de la ciencia, con el fin de designar aquel modo de ser de las obligaciones, que las hace "**obligazioni in solido**", según el Código Civil Italiano (de 1865); "**obligations solidaires**", según el francés; agrega que es aquel modo de ser, por el cual los jurisconsultos romanos decían ser varios acreedores **correi credendi** o **stipulandi**, y varios deudores **correi** o

(3) DATO, Eduardo. En GIORGI, Giorgio. Op. cit., Volumen I, Páginas XLV a XLVII.
(4) GIORGI, Giorgio. Op. cit., Volumen I, Página 89.

promitendi; y señala además que también la palabra correalidad ha venido desde hace algún tiempo a formar parte del lenguaje científico moderno; pero es para la mayor parte de los escritores el signo de una distinción que se ha querido introducir en la solidaridad, sirviendo para designar una especie de solidaridad perfecta, que algunas escuelas de este siglo pretenden contraponer a otra especie de solidaridad menos plena y perfecta, a la que llaman sencillamente solidaridad o solidaridad imperfecta.

Según los profesores franceses Starck, Roland y Boyer[5], los romanos conocieron una solidaridad imperfecta, que ellos distinguían de la correalidad convencional nacida de la responsabilidad colectiva, cuando varias personas han sido causantes de un daño y cada una tenía que hacer la reparación del mismo por el todo, debido a que la responsabilidad de cada uno no podía ser disminuida por la falta de otros. A entender de los profesores citados, esta solidaridad legal parece haber nacido bajo el Imperio, en materia de robo, dolo o violencia, delitos pretorianos; habiéndose extendido a otras hipótesis, entre las cuales se encontraban el cotutelaje y la administración de bienes de una ciudad; residiendo, en la etapa previa a Justiniano, la diferencia esencial con la solidaridad perfecta, en que la **litis contestatio** efectuada con un deudor, no liberaría a los otros sino a través del pago. Agregan dichos autores que la doctrina del siglo XIX, a su vez, para poder explicar ciertos casos de obligación con ausencia total de vínculo contractual entre los codeudores, distinguía dos grados en la solidaridad: la solidaridad perfecta y la solidaridad imperfecta; tesis que aparece hoy en día olvidada, pues más vale reconocer la existencia de otro tipo de garantía y admitir el carácter específico de la obligación **in solidum**.

Señalan Starck, Roland y Boyer que algunos autores habían sostenido la idea de una solidaridad sin efectos secundarios, siendo su razonamiento -a primera vista- muy lógico, ya que desde que los efectos secundarios tienen como base la existencia de un mandato en virtud del cual los codeudores, expresa o tácitamente,

(5) STARCK, Boris, ROLAND, Henri y BOYER, Laurent. Op. cit., Páginas 125 y siguientes.

convienen en representarse mutuamente, ciertas situaciones jurídicas son incompatibles con la idea de mandato entre codeudores, lo que sería así en particular, por citar un ejemplo, en los coautores de un delito civil o penal, pues, condenado cada uno a reparar la integridad del daño causado por su acción en común, es imposible sostener que se hubieran dado mandato con motivo de esta deuda de reparación; agregan que, en muchos casos, los coautores de un delito, civil e incluso penal, no se conocen antes del accidente en cuya realización han contribuido, como sería el caso de un choque en el que un tercero sea la víctima, caso en el cual sería evidentemente ficticio pretender que existe, entre ellos, un vínculo de representación mutua proveniente de una orden tácita; lo que sucedería de manera similar con los signatarios de efectos de comercio (títulos valores -sobre todo una letra de cambio-), especialmente quienes aparte de aquellos con una relación directa (endosante y endosatario, por ejemplo), son totalmente extraños los unos en relación a los otros, a pesar de lo cual todos se mantienen con el portador del título en el momento en que deba efectuarse el pago del monto íntegro; pero, no obstante, ellos no serán considerados representantes, ya que, de acuerdo con el apartado cinco del artículo 179 del Código de Comercio Francés, la interrupción de la prescripción no tiene lugar frente a aquel que ha recibido el acto interruptivo; razón por la cual, los profesores mencionados señalan que en estas hipótesis, y en otras más, la solidaridad quedaría reducida a los efectos principales, por lo que sería entonces una solidaridad imperfecta, porque estaría desprovista de efectos secundarios.

A entender de Starck, Roland y Boyer, la idea de una solidaridad imperfecta ha recibido el apoyo de cierto ámbito de la jurisprudencia francesa, que distinguía, incluso en la terminología, dos especies de correalidad; pero agregan que esta tesis, que finalmente ha sucumbido, tanto en doctrina como en jurisprudencia, incurre en un cierto número de objeciones, pues la idea de representación entre codeudores es puramente doctrinal, es una explicación, si se quiere racional, de cierto número de efectos de la solidaridad que figuran en el Código Civil, a los cuales la jurisprudencia ha agregado otros, mediante un razonamiento analógico; por lo que sería posible justificar estos pretendidos efectos secun-

darios sin hacer mención a la idea de representación, ya que las ideas de unidad de objeto y de pluralidad de lazos, convenientemente analizadas, conducirían a resultados análogos.

Agregan los profesores citados que, al suponer que la idea de representación entre codeudores sea necesaria en la materia, se podría, incluso, sostener que el lazo de representación mutua entre codeudores, tiene como base la ley misma y no la voluntad de los codeudores; precisan que la ley sólo ha previsto una clase de solidaridad, es decir, aquella que comprende todos los efectos secundarios anteriormente expuestos, por lo que no se sabría, pues, reconocer la existencia de una solidaridad de tipo diferente, razón por la cual la idea de solidaridad imperfecta ha sido descartada.

A través del artículo 1183 del Código Civil Peruano se establece que la solidaridad no se presume; y que solamente en virtud de la ley o del título de la obligación se le puede establecer en forma expresa. La razón de este precepto radica en la grave onerosidad que representa para uno o varios deudores obligarse respecto de uno o varios acreedores de manera solidaria. En tal sentido, la ley ni siquiera permite que de la interpretación del acto o norma legal constitutiva de la obligación se deduzca a través de un proceso lógico, sino exige que la solidaridad conste de manera expresa. De lo contrario, la obligación se tendrá por mancomunada.

Para el profesor colombiano Antonio de la Vega Vélez[6], las obligaciones solidarias son aquellas en las que, existiendo pluralidad de acreedores o deudores y siendo el objeto de la obligación divisible, puede, en virtud de la convención o la ley, exigirse por cada uno de los acreedores el total del crédito o a cada uno de los deudores el total de la deuda, de tal manera que el pago efectuado a uno de aquéllos o por uno de éstos extingue la obligación respecto de los demás.

El principio de no presunción de la solidaridad es muy anti-

(6) DE LA VEGA VELEZ, Antonio. Op. cit., Página 228.

guo. Refiriéndose a la solidaridad, Pothier enseñaba[7] que, regularmente, cuando alguien contrata la obligación de una sola o misma cosa para con varios, cada uno de aquellos para con quienes la ha contratado no es acreedor de esta cosa, sino por su parte; pero puede contratar por el total para cada uno de ellos, cuando ésta es la intención de las partes; de manera que cada uno de aquellos para con quienes la obligación se ha contratado, sea acreedor por el total, y que, sin embargo, el pago hecho a uno de ellos libere al deudor para con todos. Agrega Pothier que para que una obligación sea solidaria, no basta siempre que cada uno de los deudores sea deudor de toda la cosa, que es lo que sucede en la obligación indivisible, es decir, aquella no susceptible de partirse, aunque no haya sido contratada solidariamente, por lo que será necesario que cada uno de los deudores se haya obligado también totalmente a la prestación de la cosa.

En opinión de Laurent[8], la definición de Pothier resultaba incompleta, porque suponía que la solidaridad sólo podía surgir de un contrato, cuando también puede existir, de pleno derecho, conforme a una disposición de la ley, o incluso ser testamentaria (Pothier da un ejemplo de esta última, aunque el Código Napoléon no se refirió a esta solidaridad); puesto que el testador tiene el derecho de establecer, imponiendo en sus herederos o demás sucesores, a los codeudores de un legado. Así, comenta Laurent, el testador dispone en la forma que quiera, siempre dentro de los límites de la legítima hereditaria. Para Eduardo B. Busso[9], no existe solidaridad tácita, implícita o analógica, siendo el fundamento de este principio, que la solidaridad agrava la situación de los deudores y, por consiguiente, sólo es posible admitirla cuando la ley o la voluntad de las partes se haya manifestado en términos tales que alejen toda duda al respecto. En tal sentido, Raymundo M. Salvat[10] señala que, al no presumirse la solidaridad, aquel que la invoca debe probar su existencia, rigiéndose

(7) POTHIER, Robert Joseph. Op. cit., Páginas 213 a 215.
(8) LAURENT, François. Op. cit., Tomo XVIII, Página 281.
(9) BUSSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo IV, Página 111.
(10) SALVAT, Raymundo M. Op. cit., Tomo I, Página 70.

esta prueba por los principios del Derecho común, pudiendo ser dada por todos los medios que la ley autoriza, inclusive la prueba de testigos y la de presunciones. El autor citado considera que contra esta doctrina no sería posible invocar el principio de que la solidaridad no se presume, pues esto lo único que significa es que no puede presumirse la intención de establecer la solidaridad; pero agrega que en cuanto a los medios de probar esta intención, la ley no establece limitación alguna, ni prohíbe el empleo de las presunciones. A entender de Jorge Joaquín Llambías[11], la solidaridad constituye una excepción a los principios del Derecho común, los cuales indican una repartición de la deuda entre los obligados, y del crédito entre los acreedores; agrega que al tratarse de un supuesto de excepción no hay solidaridad tácita, o inducida por analogía, requiriéndose para admitirla una voluntad explícita de las partes o una decisión inequívoca de la ley, de modo tal que toda duda al respecto implica ausencia de solidaridad. Recuerda Llambías que la jurisprudencia argentina, ateniéndose a esos principios, ha precisado que, no mediando expresa configuración de solidaridad, las obligaciones son simplemente mancomunadas. Y esto es natural -piensa el mencionado tratadista- porque la estructura de la obligación solidaria hace surgir un frente común de acreedores y deudores; siendo lo típico de esta clase de obligaciones, que cada individuo de ese frente, en principio, goza de los derechos pertenecientes de un acreedor singular, o está sujeto a los mismos deberes que pesan sobre un deudor singular, con respecto a la totalidad del objeto debido. Y concluye Llambías señalando que todo ello está impuesto por la virtualidad del título de la obligación.

Cabe recordar que el artículo 1183 del Código Civil Peruano tiene su fundamento en la generalidad de los cuerpos legislativos de nuestra tradición jurídica. Sin embargo, existen algunos Códigos Civiles que establecen la presunción en sentido contrario, vale decir, que se presume la solidaridad y no la mancomunidad. Es el caso del Código Civil Alemán (artículo 427) y el Código Civil Italiano de 1942 (artículo 1294).

(11) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo II - A, Página 466.

El Código nacional no ha seguido esos principios por considerar que la solidaridad no es una situación normal en las obligaciones. Lo normal es que una obligación sea mancomunada. Toda obligación, a menos que la ley, el pacto o la voluntad unilateral la constituyan en solidaria, nace mancomunada. Entonces, si la regla es que toda obligación nazca con el carácter de mancomunada, ¿cómo podríamos aducir que en la duda se presuma solidaria? Como expresa el Doctor José León Barandiarán[12]: "Se presume la mancomunidad, porque la solidaridad importa una regla de excepción. Si la prestación en que consiste la obligación es divisible, lo natural es que los acreedores o los deudores concurran por iguales partes; la facultad de cualesquiera de aquéllos de exigir el total del crédito, o el deber de cualesquiera de éstos de hacer un pago íntegro, significan un especial beneficio para los acreedores en el primer caso, y un especial gravamen para los deudores en el segundo caso."

Y agrega el maestro que:

"La solidaridad no sólo no se presume, sino que debe ser instituida en forma expresa. (...)

El carácter de expresa de la estipulación de la solidaridad, es conveniente que se remarque, como lo hace la ley peruana, pues de otro modo podría pensarse que tal solidaridad pueda derivar de la voluntad tácita. Es lo que ocurre, verbigracia, en relación al Código suizo (Schneider y Fick). Es recomendable, como lo hace el Código peruano, que se imponga la necesidad de la declaración expresa. Los efectos que emergen de la solidaridad son de tal gravedad, sobre todo tratándose de la solidaridad pasiva, que es medida de precaución plausible tal exigencia.

No es, sin embargo, requisito tratándose de solidaridad que derive de convención, que se use determinada forma solemne."

(12) LEON BARANDIARAN, José. Op. cit., Tomo II, Páginas 124 a 126.

Concuerda con los comentarios de León Barandiarán, el Doctor Angel Gustavo Cornejo[13], cuando sostiene lo siguiente:

"El tipo normal de las obligaciones es el de la mancomunidad de los varios sujetos en el crédito o en la deuda; la solidaridad es la excepción. Del artículo 1211 (del Código Civil de 1936) se infiere que el carácter típico de la mancomunidad es la divisibilidad del crédito o de la deuda entre los varios sujetos. La cuota o parte que corresponde a cada uno, es la que la convención determine, pudiendo ser fijada por partes alícuotas o iguales. Sólo a falta de determinación expresa, se presume la igualdad de las cuotas. El artículo 1211 se pone en el caso de que la prestación sea divisible porque es el normal, en el que la obligación simplemente mancomunada se manifiesta tal como es, sin que elementos extraños alteren su funcionamiento. La división del crédito o de la deuda en tantas partes cuantos sean los acreedores o deudores entre sí, evitando los recursos de reembolsos, restituciones, etc., a que pudiere dar lugar, sino además es natural y razonable, ya que la constitución de la mancomunidad no se explica sino porque han mediado circunstancias puramente accidentales, aun permanentes, que determinaron a los interesados a conservar para cada uno la obligación o el derecho respectivo, en vez de establecer un vínculo único. Si así no fuera, habrían constituido expresamente una obligación solidaria.

Según Demolombe, la voluntad humana puede ser fuente de la solidaridad en dos casos: por testamento o por convenio; pero en ninguno de los dos casos se presume. Tanto en los testamentos como en los contratos será necesario que conste expresamente.

La presunción en favor de la mancomunidad simple se funda en que la solidaridad supone un aumento de la responsabilidad propia agravada por la ajena, pues cada deudor puede ser obligado a prestar íntegramente las cosas objeto de la obligación y aun-

(13) CORNEJO, Angel Gustavo. Op. cit., Tomo II, Derecho de Obligaciones, Volumen I, Páginas 162 a 167.

que le quede al que paga el derecho de repetición, siempre resulta gravado en la obligación solidaria; y respecto a los acreedores, si la solidaridad hace posible la defensa de los intereses de todos por la gestión de uno solo, expone igualmente a todos al perjuicio que pueda derivarse del descuido u omisión de alguno de ellos. Esta responsabilidad tan excesiva y anormal en un caso, y tal confianza tan exagerada, en el otro, no pueden imponerse sino a aquellos que las han aceptado de manera explícita. De aquí la exigencia de que la solidaridad no puede existir sino cuando la obligación se constituye expresamente con esa calidad."

Hasta aquí las expresiones del Doctor Angel Gustavo Cornejo.

Por nuestra parte, podríamos señalar que en esta materia, como en tantas otras del Derecho Civil, se ha mantenido vigente el principio de que la duda favorece al deudor; razón por la cual, se debe decidir, ante tal duda, por la mancomunidad. En el Derecho Francés Pre-Napoleónico, Toullier decía que si en un mismo acto tenemos a dos deudores que declaran comprometerse conjuntamente a pagar al mismo acreedor la misma cantidad de 10,000 francos, ellos son solidarios. El razonamiento de Toullier era inexacto, y como hace notar Demolombe, la expresión "conjuntamente" no equivale a la de "solidariamente". La solidaridad requiere pacto expreso.

En el supuesto de que los copropietarios de un bien indiviso lo vendan, ellos no estarán sometidos a una garantía solidaria con respecto al comprador del bien vendido, puesto que no se comprometieron en su totalidad a través de una cláusula formal; y en el silencio del contrato, no hay razón para que permanezcan bajo el dominio de la solidaridad, más aún cuando ésta se debe pactar de manera expresa.

Otro supuesto planteado por Demolombe es el de una obligación en la que sólo algunos deudores estuvieron obligados solidariamente frente a diversos acreedores, preguntándose el mencionado autor, si es que tal situación involucraría también a aquel

que no pactó de manera expresa la solidaridad. La respuesta negativa es evidente.

Entendemos que el Derecho, cuando hay algún supuesto de duda (entendida, naturalmente, como duda insoluble de acuerdo con las normas de interpretación de la ley o del acto jurídico), debe solucionarlo optando por la ocurrencia más general, por el caso más común en la vida diaria, porque el Derecho debe presumir que los particulares se obligan o pactan como lo hace la gran mayoría de sus semejantes y no como lo hace una minoría de ellos. En tal sentido es que consideramos acertada la norma establecida por el artículo 1183 del Código Civil, al presumir que la obligación es mancomunada y no solidaria.

En palabras de Baudry-Lacantinerie[14], la solidaridad deroga al Derecho común, siendo su principal efecto el impedir la división del crédito o de la deuda, esto es, la división del crédito o de la deuda entre los diversos acreedores en sus relaciones con el deudor, o entre los diversos deudores en sus relaciones con el acreedor.

Francisco de Asís Sancho Rebullida[15] hace un detallado análisis del significado de la presunción de mancomunidad, señalando que, respecto de su naturaleza, por ser una simple presunción, cabe la posibilidad de oponer prueba en contrario. Respecto de la necesidad de establecer la solidaridad de manera expresa, el citado autor español recuerda que Albaladejo explica cómo este término significa simplemente que la solidaridad no se presume, o sea, que hace falta que "realmente haya sido querida la solidaridad", que "efectivamente" -y aun no manifestada en forma expresa- hubo voluntad de solidaridad. Haciendo mención a la jurisprudencia española al respecto, Sancho Rebullida recuerda que las sentencias de 1 de diciembre de 1891, 8 de julio de 1915, 11 de febrero de 1927, 11 de marzo de 1931, 22 de marzo de 1950, 12 de noviembre de 1955, 23 de junio de 1956, 19 de febrero de

(14) BAUDRY-LACANTINERIE, G. Op. cit., Tomo II, Página 121.
(15) SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís. Op. cit., Tomo I, Páginas 170 y siguientes.

1959, 2 de junio de 1960 y 23 de febrero de 1962, entre otras, declaran no ser preciso que se utilice el término "solidaridad" ni otro determinado, pues basta que los usados, por su significación gramatical y lógica, pongan en evidencia la voluntad de los contratantes de deber prestar o poder pedir íntegramente la prestación.

En lo que respecta a la inquisición de la voluntad solidaria de las partes, Sancho Rebullida recuerda que las sentencias de 10 y 11 de octubre de 1927 y 14 de marzo de 1934 apuntan a la posibilidad de deducir la solidaridad de la intención de las partes, inferida de las circunstancias concurrentes en el contrato. En tal sentido, precisa que, basándose en esta doctrina, Pérez y Alguer y Hernández Gil llegan a admitir la voluntad tácita de las partes, siempre que se pruebe su existencia y alcance a través de las reglas de interpretación contenidas en el Código Civil Español. En opinión de Sancho Rebullida, parece evidente el significado positivo de esta interpretación, ventajosa para los acreedores, y, en último análisis, para los intereses del tráfico, puntualizando que se trata de una interpretación correctora. Agrega que, conforme al Código Civil Español, solamente habrá lugar al mecanismo de la solidaridad, cuando la obligación (es decir, no los datos extrínsecos de la relación misma, sino su fuente) lo determine expresamente (es decir, no implícita ni tácitamente), constituyéndose (es decir, la solidaridad no está en la constitución misma del vínculo, no en la interpretación o en el tratamiento del constituido sin determinación de su carácter) con el carácter de solidaria; y para destruir la presunción de mancomunidad se requiere que del texto de la obligación (y no de los datos externos a la misma), resulte otra cosa; añade el citado autor que la mención a que la solidaridad debe hacerse de manera expresa no requiere la utilización del término "obligación solidaria" ni de otro determinado, pero parece igualmente evidente que se exige expresión de voluntad en el acto constitutivo de la obligación y que la única prueba en contrario de la mancomunidad debe resultar, precisamente, del texto de la obligación. Agrega que, por lo demás, el mismo Tribunal Supremo ha declarado, en sentencia de 19 de febrero de 1955, que como en el Derecho Español la regla general es la mancomunidad, no puede el juez condenar al pago solidario basándose en la equidad.

En adición a lo señalado, Sancho Rebullida considera que otra manifestación desfavorable en cuanto a la "presunción de no solidaridad" ha consistido en limitar su aplicación a las obligaciones contractuales, excluyendo todas las extracontractuales; pero se manifiesta contrario a esta tendencia, ya que la situación sistemática de los artículos del Código Civil Español que contemplan el tema, la intepretación gramatical de sus términos, y los casos de solidaridad excepcionalmente establecida por dicho cuerpo normativo para alguna obligación legal, inducen a considerar a aquellos preceptos genéricamente referidos a todas las obligaciones y no sólo a las contractuales.

Pero, no obstante todos los argumentos a favor de la no presunción de solidaridad, es necesario mencionar que el Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino constituido por la Orden del Día Número 1322, del 28 de julio de 1993, establece como regla a la solidaridad y como excepción a la mancomunidad. Así, del artículo 701 del mencionado Proyecto, podemos ver que en él se consagra el principio de la solidaridad de los deudores en las obligaciones contractuales de sujeto múltiple, salvo que resultase lo contrario de la ley o de la voluntad de las partes. Según su respectiva Exposición de Motivos, el texto, inspirado en la Legislación Italiana, está de acuerdo con la denominada "concepción dinámica del patrimonio", con la necesidad de suprimir hasta donde sea razonable, las diferencias entre las responsabilidades contractual y **aquiliana** y, en fin, con la realidad de que en dicho Proyecto se legisla sobre las materias civil y mercantil. Agrega la mencionada Exposición de Motivos que el criterio adoptado por el Proyecto de Reforma es aceptado por las doctrinas extranjeras y argentina, incluso para los casos de cuerpos legales que contemplan de forma exclusiva las cuestiones atinentes al Derecho Civil, citando como ejemplo en este sentido a las "XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil", realizadas en la ciudad de Bariloche en 1989, sobre el tema "Unificación de los regímenes de responsabilidad civil". El mencionado artículo 701 del Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino establece que "Los codeudores están

obligados solidariamente, excepto que de la ley o de la voluntad de las partes resulte lo contrario."

Por otra parte, debemos señalar que existen tres clases de solidaridad.

La primera es la pasiva, vale decir aquella en la cual existe pluralidad de deudores obligados solidariamente frente a un acreedor común. Esta solidaridad surge, por lo general, del pacto entre las partes y de la ley. La segunda es la activa, poco usual, en la que existe pluralidad de acreedores solidarios ante un deudor común. Esta clase de solidaridad nace de la voluntad. No existe la solidaridad activa por mandato de la ley.

Según Eduardo B. Busso[16], la solidaridad pasiva reviste una gran importancia en el Derecho moderno, tanto dentro del Civil como dentro del Derecho Comercial, habiendo tomado un desarrollo y una importancia extraordinarios como medio de garantía personal, y por consiguiente, como instrumento de crédito bancario, el mismo que se basa casi todo en la solidaridad; desalojando, en la práctica, cada vez más a la simple fianza, ya que constituye una garantía más perfecta y más cómoda, al no existir en ella el beneficio de excusión. Concuerda con lo dicho por Busso, Guillermo A. Borda[17], al sostener que la solidaridad pasiva tiene una enorme importancia en la vida de los negocios, pues significa un eficacísimo medio de garantía, pues para que el acreedor quede impago es menester que todos los codeudores caigan en insolvencia; y además permite reclamar toda la deuda de una misma persona, sin necesidad de dividir la acción, facilitando extraordinariamente la labor del acreedor, que puede elegir el deudor que mejor le acomode. Del mismo parecer es el Doctor Jorge Eugenio Castañeda[18], cuando señala que se trata de una institución de gran utilidad práctica, la misma que viene a constituir un verdadero derecho de garantía, una seguridad personal, al igual

(16) BUSSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo IV, Página 93.
(17) BORDA, Guillermo A. Op. cit., Tomo I, Página 464.
(18) CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Op. cit., Tomo I, Página 258.

que la fianza, o que la hipoteca, la prenda, la anticresis y el derecho de retención. Por tal razón, agrega el citado autor, es frecuente encontrarla en la contratación comercial, en la misma que es difícil que existan obligaciones mancomunadas, considerando que la solidaridad pasiva es, de todas las garantías personales, la más eficaz, porque el acreedor puede hacer efectiva su obligación en tantos patrimonios como deudores hubiere, sin que éstos puedan oponer los beneficios de división o de excusión. A entender de los profesores franceses Alex Weill y François Terré[19], la solidaridad pasiva, a diferencia de la solidaridad activa, es una de las instituciones más prácticas; y, aunque la situación de los codeudores solidarios sea legalmente la excepción, se le puede considerar en realidad como la norma, pues fuera del caso de una deuda dividida por la muerte del deudor, entre varios coherederos, los codeudores de una misma deuda casi siempre son codeudores solidarios, ya que la solidaridad pasiva constituye una garantía a favor del acreedor contra la insolvencia eventual de uno de los codeudores; pudiéndose decir -adicionalmente- que son numerosos los casos de solidaridad legal, es decir, aquellos en los que el legislador establece de oficio la solidaridad entre los codeudores.

Giorgi[20] señala que si se debiese juzgar la importancia de la solidaridad considerándola sólo desde el punto de vista de los acreedores, se vería una institución privada, casi por completo, de utilidad práctica; lo que puede manifestarse en los escasísimos ejemplos de la misma que en general recoge la jurisprudencia. Agrega Giorgi que la solidaridad activa es una institución que a la vez que determina grandes dificultades teóricas, no ofrece, por otra parte, la compensación de una utilidad práctica proporcionada. Todo esto dicho en contraposición con la solidaridad pasiva, la misma que tiene una importancia manifiesta en los actos de la vida de los particulares, siendo los supuestos de ella numerosos, de allí que amerita referirse a esta figura con mayor extensión y profundidad. A entender de Manuel Albaladejo[21], la solidaridad

(19) WEILL, Alex y TERRE, François. Op. cit., Páginas 923 y 924.
(20) GIORGI, Giorgio. Op. cit., Volumen I, Páginas 114 y 115.
(21) ALBALADEJO, Manuel. Op. cit., Volumen II, Tomo II, Página 99.

pasiva sirve para hacer más segura la posición del acreedor en la relación obligatoria, pues ésta quedará reforzada cuando haya más deudores, a cada uno de los que se puede exigir el cumplimiento total. Para este autor, podría expresarse -en términos vulgares- el lema de que en la solidaridad pasiva, como que una vez satisfecho el crédito, que es lo que persigue primordialmente el acreedor, los deudores arreglen cuentas entre sí.

Para Jorge Joaquín Llambías[22], el fundamento de la solidaridad pasiva es el interés común que ha presidido la constitución de la obligación a favor o a cargo de varias personas, y que ha llevado a aglutinar los distintos vínculos personales para el mejor servicio de aquel interés; apareciendo así, claramente, que la finalidad de esta clase de solidaridad es su función económico-jurídica, que propende a la mayor seguridad del acreedor en las deudas solidarias. A entender de Alterini, Ameal y López Cabana[23], existe solidaridad pasiva cuando varios codeudores se comprometen a pagar íntegramente la prestación debida al acreedor común, de tal forma que éste puede exigir el cobro total a todos o a cada uno de ellos, radicando su "trascendental importancia" en que al acreedor común se le brinda una mayor garantía para la percepción del crédito, obviándose el inconveniente de que alguno de los deudores se torne insolvente, pues si ello ocurriera, la acción podría ser dirigida contra cualquier otro deudor solvente.

Arturo Valencia Zea[24] sostiene que la esencia de la solidaridad pasiva consiste en la existencia de una sola prestación y varias obligaciones, no debiendo perderse de vista que el fin de la solidaridad pasiva consiste en que se pretende (por el contrato o por la ley) suministrar al acreedor una garantía más efectiva que la resultante de una obligación singular, y para ello se establecen varias obligaciones, a fin de que, si el patrimonio de un deudor no es suficiente para el pago, cuente con el patrimonio de cualquiera de los otros deudores.

(22) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo II - A, Página 467.
(23) ALTERINI, Atilio Aníbal, AMEAL, Oscar José y LOPEZ CABANA, Roberto M. Op. cit., Tomo II, Página 216.
(24) VALENCIA ZEA, Arturo. Op. cit., Tomo III, Página 20.

En suma, podríamos sostener junto con los profesores franceses Phillipe Malaurie y Laurent Aynés[25], que los efectos de la solidaridad pasiva siguen la consigna que dio D'Artagnan a los tres mosqueteros: "*Todos para uno y uno para todos*".

Otra forma de solidaridad es la activa, vale decir, cuando existe pluralidad de acreedores y un solo deudor. El origen de esta solidaridad es siempre contractual -aunque teóricamente también podría ser legal-. Como expresa el Doctor Rosendo Badani Chávez[26]: "Habíamos dicho que la solidaridad puede tener su origen en la voluntad de las partes o en la ley; pero tratándose de la solidaridad activa haremos notar que la ley no la establece en ningún caso. La estipulación puede efectuarse por contrato y también puede resultar de una disposición de última voluntad, como en el caso de que un testador deje el mismo legado a varias personas, constituyéndolas en acreedoras solidarias."

Al tratar acerca de la importancia de la solidaridad, Alfredo Colmo[27] señala que la solidaridad activa agrava tan fuertemente la situación del acreedor (o acaso porque puede perjudicar a un coacreedor, quizá al acreedor único y verdadero), que las leyes se niegan a reconocer otra fuente de ella que la voluntad humana. En tal virtud, o bien se da satisfacción al deudor, que reclama el derecho de poder pagar la totalidad de su obligación, a esta o a aquella persona, o bien, lo que es más común, se atiende a la exigencia del acreedor originario, que, sin necesidad de otorgar todo un poder, estipula que el pago podrá ser hecho indiferentemente a él o a otra persona, acaso porque prevé que puede estar ausente en el momento en que la obligación se venza, acaso porque quiera evitar las dificultades de un juicio sucesorio, si él llegara a morir, acaso porque con ellos solventa la obligación que tenía para con esa otra persona, a quien así viene a pagar con el crédito que él tiene contra su propio deudor.

Para Manuel Albaladejo[28] la solidaridad activa es de escasa

(25) MALAURIE, Phillipe y AYNES, Laurent. Op. cit., Página 654.
(26) BADANI CHAVEZ, Rosendo. Op. cit., Páginas 61 y 62.
(27) COLMO, Alfredo. Op. cit., Página 368.
(28) ALBALADEJO, Manuel. Op. cit., Volumen II, Tomo II, Página 99.

utilidad. En cambio, Jorge Joaquín Llambías[29] piensa que la finalidad de la solidaridad activa es una mayor facilidad del pago, al tratarse de créditos solidarios. Arturo Valencia Zea[30] considera que la solidaridad activa carece de mayor importancia. A entender de los profesores franceses Alex Weill y François Terré[31], en materia civil esta clase de solidaridad se encuentra con muy poca frecuencia, pues cuando varias personas contraen una obligación con un mismo deudor, éstas no tienen ningún interés en estipular para cada una de ellas el derecho de exigir el pago total del crédito; agregan que incluso habría un riesgo de hacerlo, puesto que esto sería exponerse a la mala fe o a la insolvencia de uno de los co-estipulantes, quien adelantándose a los demás, obtuviese el pago; más aún si para los acreedores siempre se está a tiempo de dar a uno de ellos el mandato de recibir el crédito íntegro en el momento del vencimiento, si esto fuese necesario.

Según Eduardo B. Busso[32], la solidaridad activa es aquella en la cual existe pluralidad de acreedores y un solo deudor y permite a cada acreedor reclamar el pago íntegro de la deuda, quedando el deudor liberado con el pago efectuado a uno solo. El criterio de algunos autores, en el sentido de que esta clase de solidaridad está orientada a dar facilidades de cobranza a los acreedores o a otorgar mayor comodidad a los deudores para liberarse pagando a cualquiera de los acreedores, repara en aspectos secundarios de la solidaridad activa, siendo lo fundamental el asegurar la plenitud de derechos de cada acreedor, frente al deudor, y -en un segundo plano- el asegurar derecho de prevención -este último, como ha sido expresado en su momento, ausente en el Derecho Peruano-. A entender de Alfredo Colmo[33], la solidaridad activa responde, como la pasiva, a los dos fines que indica Savigny, de seguridad y comodidad en la demanda de pago; justifica que la solidaridad pasiva sea más común en las leyes, porque hasta ahora la historia y la misma tradición jurídica, sobre la

(29) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo II - A, Página 467.
(30) VALENCIA ZEA, Arturo. Op. cit., Tomo III, Página 26.
(31) WEILL, Alex y TERRE, François. Op. cit., Página 922.
(32) BUSSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo IV, Página 93.
(33) COLMO, Alfredo. Op. cit., Página 369.

base del Derecho Romano, se han orientado en ese sentido, pero cree que no hay motivo alguno, en el fondo, para distinguir al respecto, pues una y otra consultan los mismos órdenes de intereses.

Starck, Roland y Boyer[34] señalan que la solidaridad activa, en la cual la fuente no puede ser otra más que el convenio, es muy poco practicada, salvo en el caso de cuenta conjunta entre esposos, concubinos, padres e hijos, gracias a la cual cada titular puede efectuar todo retiro en calidad de acreedor solidario del Banco; agregan que sus efectos se contravienen también en las ideas de unidad de objeto, de pluralidad de bienes y de representación entre los acreedores unidos por la solidaridad, resumiéndose, esencialmente, en una doble proposición, ya que se supone que cada acreedor debe haber ordenado a los otros recuperar el crédito, y, por otro lado, que los actos beneficiosos cumplidos por uno son opuestos a los otros[35].

(34) STARCK, Boris, ROLAND, Henri y BOYER, Laurent. Op. cit., Página 130.
(35) En relación a la orden de cobranza del crédito, Starck, Roland y Boyer (STARCK, Boris, ROLAND, Henri y BOYER, Laurent. Op. cit., Página 130.) reflexionan en torno a algunos problemas que puede generar la materia:
"Pero ¿qué debemos comprender por un acto de prosecución? Veamos una cuenta conjunta abierta entre esposos; el marido solicita al Banco bloquear la cuenta mediante una carta certificada como acuse de recibo; posteriormente la esposa gira dos cheques; ¿puede el marido reclamar el pago de las sumas debitadas a razón de que la solidaridad ha cesado luego del envío de la carta certificada que equivale a una prosecución? El Tribunal Supremo no responde a esta pregunta en forma directa; decide que siendo la cuenta conjunta revocable, pierde este carácter mediante la simple manifestación de voluntad de uno de los titulares y que la demanda de bloqueo debe -necesariamente- interpretarse como la denuncia de la solidaridad activa que rige a la cuenta conjunta; de donde se deduce que en moneda los fondos habían resultado no disponibles y que el Banco debía reembolsar el monto de los dos cheques.
Un problema similar se presenta en el caso de muerte de uno de los titulares de cuenta conjunta. El cotitular sobreviviente mantiene la posibilidad de hacer operar la cuenta luego del deceso, mientras que el Banco no ha sido prevenido mediante las prosecuciones del heredero del co-titular fallecido; poco importa si el Banco ha sido ad-

Debemos mencionar que existe un tercer tipo de solidaridad, llamada solidaridad activa y pasiva o solidaridad mixta, que es aquella en la cual existe pluralidad de acreedores y deudores solidarios. Esta solidaridad es -de las tres- la menos frecuente.

– *Naturaleza Jurídica de la solidaridad.*

La idea más difundida en doctrina respecto de la naturaleza jurídica de la solidaridad, es la del mandato, la misma que tiene profundas raíces en la Historia del Derecho. Luis de Gásperi(36) afirma que no fue muy grande la claridad que los jurisconsultos del antiguo Derecho Francés arrojaron sobre esta materia. Así, según el mencionado autor, no obstante haber advertido Dumoulin que la sola idea de una obligación contratada por el todo por cada deudor no era bastante para explicar los efectos propios de la solidaridad, por oposición a la simple indivisibilidad, se redujo a decir que cada **correus** no sólo estaba obligado **ad totum**, sino también **totaliter**, con lo cual nada añadía de nuevo. De esta forma, durante ese período, se explican los efectos de la solidaridad por la "unidad de objeto"; por lo que el pago hecho por uno, libera a los otros. De Gásperi recuerda las expresiones de Pothier cuando dice: "Es una consecuencia de que la deuda solidaria no es sino una sola deuda de una misma cosa, de la que hay varios deudores". Pero, según relata De Gásperi, Renusson, Chabrol, Auroux y Des Pommiers, autores también antiguos, seguidos más tarde por Favard, hablaron de un "mandato tácito" entre los codeudores solidarios, gracias al cual se representan los unos a los otros. Esta idea fue aceptada por exégetas, como Toullier. Delvincourt, con referencia al pago como único medio de extinguir objetivamente el vínculo, respecto a los otros codeudores, enseña en sus "*Notas y Explicaciones*" que los artículos 1196 y 1365 del Código Francés, introdujeron grandes diferencias

---

vertido de la apertura de la sucesión; pero éste cometería una falta al no comunicar al heredero el estado de la cuenta conjunta y además debe reparar el perjuicio por efecto de la transferencia del saldo crediticio de la cuenta conjunta sobre una cuenta personal."

(36) DE GASPERI, Luis. Op. cit., Tomo II, Páginas 47 y siguientes.

entre el Derecho actual y el Romano; precisa este autor francés que entre los romanos, cada acreedor solidario era considerado, en relación al deudor, "propietario único" de la deuda, de donde viene que pudiese realizar todos los actos que el propietario único podía cumplir, como los de compensar, hacer remisión o novación, diferir el juramento, etc., y agrega que los acreedores solidarios son, aun respecto al deudor, considerados como "propietarios de sólo su parte en el crédito, y mandatarios uno del otro, por el resto, pero únicamente a efecto de recibir el pago de la deuda."

Expresa De Gásperi que los autores posteriores, si bien asumieron la teoría del mandato, no fueron unánimes en la concepción de la misma. Así, Pothier señalaba que el hecho, la culpa o la mora de uno de los deudores solidarios, perjudica, en verdad, a sus codeudores, **ad conservandam et perpetuandam obligationem**, en cuanto, en caso de pérdida de la cosa, no quedan exonerados de su obligación de pagar el precio, de conformidad con la ley romana de **Duobus reis**, según la cual: **Alterius factum alteri quoque nocet**; mas, la culpa, el hecho o la mora de uno de ellos, según Pothier, no perjudica a los otros **ad augendam ipsorum obligationem**, o sea que sólo el que ha cometido la culpa, o que ha incurrido en mora, debe "además del valor de la cosa debida", los daños e intereses que pueden resultar de la inejecución de la obligación. Precisa De Gásperi que según esta doctrina, en caso de pérdida de la cosa debida, la solidaridad no es completa, desde que, atento al principio según el cual la culpa no se transmite, los deudores inocentes no son tratados como el deudor culpable; recuerda que de "racionalmente injustificable" califica Josserand a esta diferencia, sólo históricamente explicada por una interpretación inexacta que Dumoulin habría hecho de dos fragmentos, a su parecer, contradictorios del *Digesto*: el 18, XLV, 2, que dice: **alterius factum alteri nocet**, y el 32, 4 XXII, 2, **alterius mora alteri non nocet**; ya que en vez de deducir de estos fragmentos que la culpa y la mora eran tratadas de distinto modo en Derecho Romano, Dumoulin torturó su espíritu en descubrir una explicación que los conciliase, que según Josserand creyó encontrarla, al decir que la culpa y la mora de uno de los codeudores perjudica a los otros en cuanto no ex-

cluye su responsabilidad por el valor de la cosa, pero que ellas le son personales en cuanto sólo el culpable responde de los daños e intereses. Añade De Gásperi que esta interpretación divinatoria, falsa para el Derecho Romano, ha pasado al artículo 1205 del Código Civil Francés, llegando a ser el error cometido por Dumoulin, la verdad legislativa del siglo XIX.

Así, De Gásperi enseña que, aceptada ciegamente la doctrina de Dumoulin y Pothier, los exégetas del Código Civil Francés se limitaron a repetirla, siquiera separados por meros matices del mismo pensamiento. Afirman Aubry y Rau, Colmet De Santerre y Planiol, que los codeudores se representan los unos a los otros a la vez en su "interés común", para todo lo que pueda mejorar su condición común, y en el interés del acreedor, para la ejecución y la conservación del crédito, pero no para lo que podría agravarlo, **ad conservandam et perpetuandam obligationem, non ad augendam**. Según, De Gásperi, Demolombe, Laurent, Larombiére y Baudry-Lacantinerie y Barde, por su parte, restringen los alcances del mandato, estableciendo que los codeudores no se representarían los unos a los otros sino en su interés común y sólo para mejorar su situación y hacer lo "que es útil a todos", doctrina acogida y consagrada por la jurisprudencia francesa.

Para Demolombe[37] la solidaridad entre los acreedores, que en tiempos de los romanos era mucho menos empleada que la solidaridad entre los deudores, es mucho más inusitada aún en la práctica jurídica. En opinión del citado jurista francés, tal situación obedece a que las ventajas de la solidaridad activa no son considerables, y que puede, incluso, ofrecer un importante número de serios inconvenientes. Fundándose en la teoría del mandato -como explicativa de la naturaleza jurídica de la solidaridad activa-, Demolombe señala que el mandato recíproco que se concede a cada uno de los acreedores tiene indudablemente la doble ventaja de asegurar la conservación del derecho de todos por la diligencia de uno solo, y que facilita la recuperación del crédito.

(37) DEMOLOMBE, C. Op. cit., Tomo XXVI, Página 97.

Para el caso de la solidaridad pasiva, Demolombe precisa que tiene la ventaja -en lo que se refiere al deudor- de que éste no estará expuesto a múltiples prosecuciones que aumentarían los gastos a su cargo, señalando además que esta manera de obligarse ofrece la ventaja de poder liberarse frente a cualquiera de los coacreedores; sin embargo, cada uno de ellos podrá reclamar el total a cada codeudor. En tal orden de ideas, Demolombe señala que las tres claves (parafrasea a Dumoulin, cuando refiriéndose a la indivisibilidad, hablaba de los diez hilos y tres claves) fundamentales de la solidaridad pasiva son las siguientes:

(1) Cada uno de los codeudores es responsable con respecto al acreedor, por el total, como si fuese un solo deudor ... **singuli solidum debent**.

(2) Todos los codeudores en conjunto sólo están obligados a pagar una sola vez ... **unum debent omnes**.

(3) Entre los codeudores existe un mandato recíproco, por el que se representan unos y otros ante el acreedor, con los alcances y las limitaciones que luego señala.

Expresa Demolombe que la unidad y la multiplicidad simultáneas son el carácter distintivo de la obligación solidaria; agrega que, a pesar de que estos dos elementos parecerían excluirse, se unen, y por el contrario, funcionan juntos perfectamente. Así, por un lado, la unidad en lo referente a la identidad de la deuda. Por otro, la multiplicidad, en relación a la variedad de lazos por los que cada uno de los codeudores está comprometido. El doble e inseparable aspecto de la solidaridad consiste en que hay una sola deuda y varios deudores. François Laurent[38] recuerda que Pothier decía que cada deudor solidario es deudor como si fuese único deudor, constituyendo ésta una cara de la solidaridad; pero hay otra, pues los diversos deudores son codeudores, habiendo un vínculo entre ellos. Pothier no precisa cuál es este principio, y Laurent señala que el carácter de la solidaridad entre los

(38) LAURENT, François. Op. cit., Tomo XVII, Página 292.

codeudores generalmente se explica por la solidaridad entre los coacreedores, es decir, por la teoría de la sociedad y del mandato.

Théophile Huc[39] observa que, en abono de la teoría del mandato, para explicar la naturaleza jurídica de la solidaridad, se ensayaron por la doctrina francesa tres diferentes acepciones de la palabra mandato: la primera, denominada "**ad consaervandam vel perpetuandam obligationem**", para la cual serían de aplicación los artículos 1205 a 1208 del Código Napoléon; la segunda, consistente en el mandato por el que a los codeudores se les conoce por representantes recíprocos para la mejora de su condición; y, finalmente, el mandato que llegó a reconocer la doctrina en cada deudor la calidad de contradictor legítimo frente al acreedor. A entender de Huc, esta construcción doctrinaria resulta, por lo demás, contradictoria y hasta inconcebible; ya que, de todos estos mandatos, ninguno se basa en un texto de la ley, pues derivan únicamente de la voluntad arbitraria de los intérpretes o de la jurisprudencia, habiendo sido ideados sucesivamente para dar cuenta de los efectos de la solidaridad. En opinión de Huc, estos efectos se explican por la cláusula relativa a la unidad de la obligación, y esta cláusula es suficiente, pues si no se producen estos efectos, sería falso decir que la obligación es una, razón por la cual considera que para explicar estos efectos, era inútil recurrir a la idea de un mandato recíproco entre los codeudores. Añade Huc que, a pesar de la elasticidad de las fórmulas que la doctrina adoptó, referidas a la teoría del mandato recíproco entre los codeudores, no fue posible extenderse en el carácter, ni siquiera en el objeto preciso de tal mandato; que unos lo comprendieron en un sentido y que otros lo hicieron en un sentido muy diferente; señala que el Tribunal de Casación se mantuvo indeciso durante mucho tiempo entre dos soluciones opuestas, que admiten tanto la existencia de una representación absoluta, cuando considera a cada codeudor como un posible contradictor legítimo del acreedor, y más bien una representación relativa, cuando considera a los codeudores como mandatarios unos de otros, con el exclusivo

(39) HUC, Théophile. Op. cit., Tomo VII, Página 442.

propósito de mejorar su respectiva condición. Para destruir la teoría del mandato, Huc recurre al supuesto de solidaridad -factible de presentarse en algunos casos- en que las partes no se conocen, precisando que ni siquiera se puede suponer la existencia de los elementos del mandato. Continúa diciendo que algunos autores, dominados por la evidencia de los hechos, llegaron a sostener que, en las aludidas hipótesis, no se podrían producir los efectos de la solidaridad, que para ellos deriva de la idea del mandato. Así, la fuerza de las circunstancias los condujo a distinguir, de manera sumamente arbitraria, entre una solidaridad perfecta y una solidaridad imperfecta. Agrega Huc que, en materia de solidaridad, la admisión de la idea de mandato era ya una concepción arbitraria, sin ninguna base, ideándose, para atenuar las responsabilidades que derivan de tal concepción, una división bipartita de la solidaridad, igualmente muy arbitraria; señala, por último, que la arbitrariedad presidió durante muchos años el funcionamiento de esta división.

Adicionalmente, enseña Huc[40] que quienes adoptaron este principio no pudieron ponerse de acuerdo sobre el punto de saber en qué casos se podría admitir la presunción de mandato, y en qué casos se debía rechazar. Así, para unos, se podía admitir la presunción, y como consecuencia, la solidaridad sería perfecta, cuando resultara del convenio. Por el contrario, sería imperfecta, cuando resultara de la ley. A decir de Huc, según otros autores, la solidaridad sería perfecta no sólo cuando fuera convencional, sino aun cuando la ley que la establece se deba considerar como menos imperativa que interpretativa de la voluntad de las partes, y sería imperfecta sólo cuando procediera de una prescripción de la ley establecida con un motivo de orden público (citando como ejemplos de solidaridad perfecta, cuando existe entre las personas unidas por un interés común, como la mujer tutora y su nuevo esposo, los ejecutores testamentarios, los prestatarios en uso de la misma cosa, y los co-mandantes); y que, por el contrario, la solidaridad legal sería imperfecta cuando se establezca entre personas que no se conozcan o que accidentalmente fueron

(40) HUC, Théophile. Op. cit., Tomo VII, Páginas 444 y siguientes.

codeudoras, como quienes suscriben una letra de cambio, y a las personas condenadas por un mismo crimen o por un mismo delito.

Finalmente, Huc hace alusión a una tercera opinión, que reduce la dificultad a una cuestión de hecho, decidiendo que la solidaridad es perfecta o imperfecta, conforme existan o no intereses comunes, como serían los tratos asiduos, una confianza recíproca entre los codeudores solidarios; concordando la doctrina en reconocer que hace falta la idea de mandato, y que la solidaridad forzosamente es imperfecta cuando resulta de un delito o cuasidelito.

Huc señala que es imposible aceptar una doctrina nada coherente y tan arbitraria, sosteniendo que, cuando hay solidaridad, se deben producir los mismos efectos, pues la ley siempre emplea esta expresión dándole el mismo significado, y agrega que la ley no dice en ninguna parte que estos efectos se subordinarán a la existencia o a la posibilidad de una sociedad o de un mandato entre los diversos deudores, ya que, por lo demás, aun cuando se podía explicar las disposiciones de los artículos 1205, 1206 y 1207 del Código Napoléon, sólo con suponer un mandato de los codeudores, no habría que sorprenderse de que, para proteger los intereses de los acreedores, el legislador haya querido hacerlos aplicables en algunos casos de solidaridad legal, en los que a veces es imposible toda suposición de mandato; pues, en efecto, ocurre -a veces- que una vez hechas las disposiciones legales, se deban extender éstas a situaciones que no presentan los motivos en los que se fundamentaron en un inicio. Por todo lo dicho, Huc rechaza la idea del mandato para justificar, o al menos explicar, esta posición de la ley.

El tratadista paraguayo Luis De Gásperi[41] , luego de mencionar la crítica que Huc hace respecto del pretendido fundamento de la solidaridad, recuerda que François Laurent decía que los acreedores se dan un mandato limitado por el interés común, y

(41) DE GASPERI, Luis. Op. cit., Tomo II, Páginas 53 y siguientes.

que, si este interés exige que cada acreedor pueda recibir la totalidad de la deuda, no pueden ellos tener interés en que por negativa del deudor, se le persiga en juicio. Sólo a ellos les corresponde juzgar lo que debe hacerse. Laurent agregaba que en el caso en que no se trate del interés de los acreedores, sino del derecho del deudor, la solidaridad de los acreedores no ha sido estipulada sino para dar al deudor el derecho de pagar, a su elección, al uno o al otro. Señala, asimismo, que no podría admitirse que el acreedor, a quien le desee pagar un deudor con el derecho de pagar el todo a uno solo de los acreedores cuando éste quiera recibirlo, pueda, por mala voluntad o por razón de interés, forzarle a llamar a todos los otros acreedores; pudiendo, por tanto, sostenerse que la unidad de la obligación basta para explicar este resultado.

Agrega De Gásperi que Geny, por su parte, al justificar su crítica a los métodos de hermenéutica de la escuela tradicional o histórica, presenta, inspirado en Tissier, el pretendido mandato en la solidaridad, como concepto falso en sí mismo, manifiestamente contrario a la realidad de las cosas, que, desde el punto de vista de sus resultados, lejos de constituir un progreso, ha introducido soluciones enfadosas y contrarias a las exigencias de la práctica, muy difíciles de desarraigar en nuestros días.

Apunta De Gásperi que tan fundamentales como son estas observaciones, no han podido escapar a los modernos escritores franceses, algunos de los cuales, como Moreau, reconociendo sin duda su discutibilidad, niega interés práctico a la controversia doctrinal sobre los alcances del supuesto mandato que los codeudores se darían en la solidaridad, y admite que "ora se justifiquen los efectos de la solidaridad pasiva por la naturaleza y fin de la misma o por la presunción de un mandato recíproco, ora se considere este mandato como absoluto y sin otra reserva que la de no usarlo en perjuicio de los otros o, como relativo, pero susceptible de ser extendido por disposiciones expresas o virtuales de la ley, el resultado es siempre el mismo, gracias a la elasticidad de la palabra 'virtual', que permite aplicar la ley como se juzgue legítimo"; precisa el autor paraguayo que resulta evidente el subterfugio con que, de esta suerte, se elude la discusión.

De Gásperi recuerda que Colmo se adhiere de buen grado a las observaciones con que la crítica ha restado méritos a la idea de representación, con lo que define su posición favorable a la unidad de vínculo defendida por Windscheid y demás pandectistas germanos.

Luis María Boffi Boggero[42] -refiriéndose a la teoría de los Pandectistas Alemanes-, basándose en la división de las obligaciones "correales", por un lado, y las **in solidum**, por otro, y circunscribiéndose a las primeras, dice que Ribbentropp, en 1833, afirmaba que había una sola obligación, pero dotada de pluralidad de situaciones subjetivas, fundándose en observaciones de Keller, para quien en la correalidad se extinguía por **litis contestatio** la relación jurídica con consecuencias "objetivas" y, por ello mismo, con relación a los codeudores extraños al litigio. Recuerda Boffi Boggero que esta doctrina tuvo un gran predicamento en numerosos juristas alemanes, entre quienes se encontraban Windscheid, Savigny, Puchta, Vangerow, Leonhard, Kulembeck, Kipp, Holder y Stammler. Posteriores estudios de Eisele y Hartmann, en Alemania, así como de Ascoli, en Italia, permiten aseverar que esa influencia objetiva de la **litis contestatio** se produjo en el período clásico romano, mas no en el período bizantino, llegando Justiniano a eliminar esa consecuencia y exigir el pago para la liberación. Y así Binder, que se había adherido a la doctrina, pasó después a fundar la teoría de la representación, de la cual sus principales adversarios fueron Van Wetter, Ortolán, Maynz, Bonfante, Pacifici-Mazzoni, Cammeo y Giorgi. Agrega De Gásperi que Salvat, en cambio, tratando de explicar los sucedáneos del pago en la solidaridad, recurre a la idea de unidad de prestación y de pluralidad de vínculos, y admite, como legítima, la representación recíproca de los codeudores, que el propio codificador argentino, Don Dalmacio Vélez Sarsfield, acoge en su nota a los artículos 706, 711 y 714 del Código Civil; incurriendo, empero, en contradicción, porque a poco de haber admitido estos principios y por explicación del artículo 707, sostiene que "en el sistema de nuestro Código predomina la idea de unidad de objeto sobre la pluralidad de vínculos", con lo que afirma que la novación, compensación, confusión o remisión de la deuda hecha por cualquiera de los acreedores, y con cualquiera de los deudores, extingue la obligación, como prescribe aquel precepto; y al justificar la solución del artículo 866, que, como se sabe, está en contradicción con el artículo 707, admite la relatividad de la "confusión a la parte del deudor o del acreedor que la hubiesen invocado", con lo cual acepta el predominio de la pluralidad de vínculos sobre la unidad de prestación.

(42) BOFFI BOGGERO, Luis María. Op. cit., Tomo II, Páginas y 536 y 537.

De Gásperi recuerda que también Lafaille opina que "en la obligación solidaria hay unidad de prestación y pluralidad de vínculos"; precisa que nada tiene de singular la doctrina enseñada en la cátedra argentina, pues cuenta en su apoyo con la ejecutoria de escritores franceses de la mayor notoriedad y el parecer tan respetable de Giorgi, en el Derecho Italiano.

Aparte de las señaladas, son numerosas las teorías que han tratado de explicar la naturaleza jurídica de la solidaridad. Así, siguiendo a Luis María Boffi Boggero, podemos decir que, para Lodovico Barassi, la función de las garantías es el elemento verdaderamente intrínseco y orgánico de la solidaridad. Para Enneccerus, en la solidaridad hay obligaciones distintas pero unidas, unión que no surge de la igualdad del contenido, ni de su causa eficiente o fuente obligacional, sino de la comunidad en el fin perseguido por las partes o por la ley, y que consiste: para los deudores, en la satisfacción del acreedor; para los acreedores, en la satisfacción de uno de los créditos; y en los pocos casos de crédito solidario legal, en el cumplimiento de la voluntad del causante o del donante. Por otra parte, Kulembeck se basa en la conocida distinción entre deuda y responsabilidad, según la cual habría en la solidaridad un solo débito y pluralidad de responsabilidades, estimando Enneccerus que, con la unidad de deuda, se refiere la doctrina al "fin unitario de las distintas obligaciones". A su turno, Larenz sostiene que la obligación solidaria es una relación obligatoria unitaria comprensiva del acreedor y de todos los deudores solidarios, que encierran en sí una pluralidad de créditos (del acreedor contra cada uno de los deudores solidarios), pu-

diendo cada uno de estos créditos, y, por lo tanto, cada relación obligatoria en particular, desarrollarse, hasta cierto grado, con independencia de las demás; pero todas esas relaciones obligatorias permanecen unidas entre sí a través de la unidad de fin de la prestación, con cuya realización cumple también su objetivo, de conformidad con lo acordado, la totalidad de la relación obligatoria, incluyendo todas las relaciones obligatorias singulares. Así -precisa Boffi Boggero-, la relación obligatoria que comprende a todos los partícipes, se nos presenta como una relación obligatoria de orden superior que encierra en sí una pluralidad de relaciones obligatorias singulares (de orden inferior), ciertamente aptas para ser de distinta naturaleza, pero vinculadas permanentemente entre sí por el hecho de estar destinadas en común a la satisfacción del interés del acreedor, y estar supeditadas a la existencia de la relación jurídica solidaria. Esta teoría es aceptada, además, por Gierke, Oertmann y Binder.

Luis de Gásperi disiente de las opiniones anotadas, y, siguiendo a Ribbentropp, Savigny, Windscheid y demás partidarios de esta escuela, concibe a la solidaridad perfecta o correalidad, por oposición a la solidaridad imperfecta, como unidad de vínculo, con pluralidad de relaciones subjetivas y reserva esta designación a todos aquellos casos en que, procediendo la solidaridad pasiva de la voluntad expresa de los particulares o disposición de la ley, un interés legítimo y común una a los codeudores entre sí, de tal suerte que el pago hecho por uno de los obligados libere a los otros, y le confiera acción recursoria contra éstos para hacerles contribuir proporcionalmente a su parte o interés en la deuda.

Por otro lado, Héctor Lafaille[43] reconoce que el sistema más divulgado de los que tratan de explicar la naturaleza jurídica de la obligación solidaria, es el del mandato -analizado y criticado anteriormente-, pero que la primera solución dada al problema fue propuesta por los romanistas, quienes hablaban de una supuesta sociedad, que obligaba implícitamente a los deudores por las circunstancias consideradas anteriormente; explicación que Lafaille

(43) LAFAILLE, Héctor. Op. cit., Tomo VI, Volumen I, Páginas 238 y 239.

critica de artificiosa, al imponer responsabilidades implícitas, basadas en la ley, o en una pretendida voluntad tácita, sosteniendo, con fundamento, que la tesis es incompleta, pues, a lo sumo, explicaría el aspecto pasivo de esta figura.

Para Guillermo A. Borda[44], la teoría del mandato recíproco, así como todas las otras que pretenden dar una explicación unitaria de los efectos de la solidaridad, se resienten de un doctrinarismo estéril, ya que lo que en definitiva interesa al Derecho son las soluciones concretas y que esas soluciones sean útiles y justas. Precisa que los efectos de la solidaridad se explican así porque cada uno de ellos es útil al propósito general de la solidaridad, que es obtener un medio de obligarse eficaz, fuerte, flexible, que sea en manos de los deudores un instrumento adecuado para obtener créditos, y en manos de los acreedores una garantía sólida; lo que equivale a decir, en otros términos -según Borda-, que no es admisible ligarse a construcciones jurídicas y preguntarse si los efectos establecidos en la ley encajan o no en ella, pues de allí podría derivarse que se sostuviera la ilegitimidad de un determinado efecto por no encuadrar dentro de la teoría general, aunque fuera económicamente útil, ya que lo que interesa son las soluciones concretas, y no las vanas teorizaciones. Agrega Borda que, por lo demás, la teoría del mandato o representación recíproca resulta, a poco que se la analice, artificiosa, ya que no puede hablarse de mandato recíproco en la solidaridad legal, en la que falta el acuerdo de voluntades; y tampoco puede hablarse de representación legal, desde que los deudores sólo pueden oponer las excepciones personales y no las que son personales a sus codeudores, lo que evidentemente se debería poder hacer si hubiera una verdadera representación. Precisa el mencionado tratadista argentino que tampoco es correcto hablar de garantía recíproca, porque si así fuera no se explicaría que el deudor a plazo o condición pudiese interponer una excepción, no obstante que sus codeudores, cuya demanda ha vencido, no tengan defensa que oponer a la reclamación judicial; de tal manera que si todos los codeudores fueran garantes recíprocos, es evidente que

(44) BORDA, Guillermo A. Op. cit., Tomo I, Páginas 472 y siguientes.

la acción debería también poder dirigirse contra el codeudor con plazo o condición suspensiva, porque siendo exigible la obligación contra uno de los deudores, debe serlo también respecto del garante.

Borda, luego de todos estos razonamientos, concluye afirmando tajantemente que: "En suma, la solidaridad es la solidaridad y sólo eso; el legislador debe regularla como mejor convenga, atendiendo a su papel económico-jurídico."

Respecto de este punto, cabe destacar la opinión de Luis María Boffi Boggero[45], quien no comparte ninguna de las doctrinas tradicionales. En relación a la teoría del mandato o de la representación, señala que la primera debería basarse en un contrato -mandato-, no pudiendo entonces cubrir los casos de solidaridad surgidos de fuente distinta; en tanto que la segunda, si bien podría explicar esos supuestos, adolece de la deficiencia que surge de dividir en importantes casos, de modo incompatible con la representación, las consecuencias que ese instituto proyecta, haciéndolo funcionar en lo que beneficia y no en lo que perjudica.

En lo referente a la similitud de la solidaridad con la obligación alternativa, Boffi Boggero rechaza esta tesis, sosteniendo que el hecho de estar ante una alternativa de personas y no de prestaciones, no llega a explicar la naturaleza jurídica de la obligación solidaria, sino solamente el modo como ella funcionaría. En relación a la teoría de la caución o garantía, la rechaza sobre la base de los mismos argumentos que la del mandato, en cierto aspecto, y la de la representación, en otro. Tampoco le parece exacta la tesis que divide entre deuda y responsabilidad, mencionando la existencia de una deuda y varias responsabilidades, ya que según Boffi Boggero la realidad es que o hay una deuda y una responsabilidad, como lo dicen claramente las consecuencias de la obligación solidaria, o hay varias deudas y responsabilidades, en cuyo caso estaríamos ante otra clase de obligación. Este

(45) BOFFI BOGGERO, Luis María. Op. cit., Tomo II, Páginas 541 y siguientes.

autor también rechaza, por inapropiada, la explicación de Larenz y de quienes lo siguen, porque no distinguen con nitidez la parte de la solidaridad y el sector que viven los coacreedores entre sí y los codeudores en la misma forma, o sea el sector interno de los primeros y el de los segundos, por lo que se explica que difundan el sistema alemán, en que la propagación, de consecuencia, es menor.

Boffi Boggero considera que acontece, precisamente, que la obligación solidaria ofrece una estructura compleja, pues hay dos grupos o haces de vínculos y de prestaciones: el grupo de vínculos y prestaciones entre cada coacreedor, por un lado, y cada codeudor, por el otro; y el vínculo básicamente único y la prestación básicamente única que, en lo esencial, unen a un grupo con el otro; pertenece el primer grupo a las relaciones internas de cada conjunto: ya de acreedores, ya de deudores; en tanto que el segundo grupo, el verdaderamente solidario, pertenece a las relaciones de la unidad acreedora -formada por pluralidad de acreedores- y la unidad deudora -formada por la pluralidad de deudores-, de modo que hay como un solo acreedor y un solo deudor que ostentan "acreencia" y "deuda" de una prestación única. En tal sentido, Boffi Boggero considera que hay básicamente un solo vínculo y no varios como en la indivisibilidad, que se asemeja a la obligación solidaria en la unidad de prestación, la cual, lo es en cuanto a esa prestación en sí; debiendo integrarse esa realidad con excepciones que el ordenamiento jurídico impuso a propósito de ciertas situaciones jurídicas, subjetivas y objetivas, donde la personalidad de alguno o de algunos titulares o las modalidades del vínculo o situaciones externas a la prestación en sí, tiñen de particularismo las soluciones respectivas y, por ello mismo, hacen que las consecuencias referidas a esos casos especiales no se propaguen a los demás; precisa que la unidad del vínculo no entraña que en cada extremo de la relación deba aparecer un solo acreedor o un solo deudor, cosa muchas veces distinta a una sola "persona de derecho", pudiendo haber varias personas y éstas constituir una parte por virtud de la identidad esencial en sus intereses. Así, a entender de Boffi Boggero, la unidad de vínculo -que explica satisfactoriamente todos los casos de propagación- deriva

de que todos los acreedores tienen el mismo crédito y todos los deudores titularizan la misma deuda.

Otro punto que merece ser tratado es el referente a las denominaciones adoptadas por cierto sector de la doctrina en relación a la solidaridad "perfecta" y a la solidaridad que denominan "imperfecta". En palabras de Giorgi[46], no hace muchos años que en las escuelas de Derecho Romano se enseñó a distinguir la correalidad o solidaridad **stricti iuris** (obligación única con varios deudores, obligados igualmente por entero), y la solidaridad impropia o imperfecta, o también simplemente solidaridad (concurrencia de tantas obligaciones como deudores, nacidas todas de la misma fuente, y dirigidas todas hacia una misma prestación, **solidum**). Según Giorgi, Keller, profesor alemán, fue el primero, hacia 1830, en proponer tal distinción, desenvuelta y confirmada por Ribbentropp, Vangerow, Mulhenbruch, Savigny, otros muchos pandectistas alemanes y, finalmente, por Molitor y Demangeat.

Siempre siguiendo la explicación que Giorgi da sobre el particular, diremos que en cuanto a los efectos de las dos especies de solidaridad, todos los romanistas se hallan de acuerdo en reconocer como propio de la primera el efecto extintivo de la **litis contestatio**, hasta Justiniano; y después que desapareció este efecto, en virtud de las modificaciones introducidas por él, encuentran la extinción en la cosa juzgada y en el juramento; precisa Giorgi que, en cuanto a la segunda especie, niegan que en la **litis contestatio**, antes de Justiniano y con posterioridad a él, la cosa juzgada o el juramento, con relación a un deudor, haya nunca determinado el efecto de extinguir la obligación respecto a los demás deudores. Pero -según Giorgi- no están de acuerdo en la determinación de los efectos de la una y de la otra, ni aun respecto a la causa de las dos especies de solidaridad; sosteniendo unos que la primera tiene por fundamento el **ius civile**, y se verifica sólo siempre que la acción que deriva de la relación obligatoria es una **conditio**; y la segunda tiene por fundamento la equidad, y se verifica en las acciones **bonae fidei**; mientras que otros, al

(46) GIORGI, Giorgio. Op. cit., Volumen I, Páginas 165 y siguientes.

contrario, dan por probado que la solidaridad de la primera especie nace de las obligaciones generadas por convención, y la solidaridad de la segunda especie, cuando se trata de obligaciones no convencionales.

En palabras del maestro italiano, basta lo dicho para dejar establecido que la distinción es incierta; que no se puede exponer completamente, sin suponer preferente uno de los sistemas de los romanistas modernos al otro sistema, sin llenar con sus conjeturas las lagunas del texto, y vencer con sus argumentos las dificultades contrarias que surgen del texto mismo; y añade que es necesario se sepa, finalmente, que no sin alguna razón la combaten autores de gran renombre, y explican la escasa diversidad indicada en el texto con razones de mero procedimiento.

Agrega Giorgi que sea lo que fuere en el Derecho Romano, lo cierto es que la distinción se abrió camino entre los escritores franceses de su tiempo, y penetró con corta diferencia en la doctrina moderna; señala que si bien en el Código Napoléon no hay sombra, ya que no se dice palabra sobre el particular, de las dos especies de solidaridad de deudores principales, todos los comentaristas de dicho Código, anteriores a Demolombe, enseñaron que dicha solidaridad puede ser perfecta o imperfecta; advierte que la primera, según ellos, es aquella que hace producir a las obligaciones todos cuantos efectos atribuye el Código a la solidaridad, los mismos que Giorgi resume como los siguientes: cada deudor se obliga por entero, y el pago efectuado por uno libera a los demás; la interrupción de la prescripción contra un deudor se extiende a los demás; por interpelación judicial contra un deudor, corren los intereses legales contra los demás; la pérdida de la cosa, por culpa o mora de un deudor, perjudica a los codeudores; los efectos de la cosa juzgada, en pro o en daño de un solo deudor, se extienden a todos los coobligados; y, por último, la condonación de la deuda, sin reserva alguna, aprovecha a todos los deudores.

Señala Giorgi que, por el contrario, la solidaridad imperfecta sólo produce el primero de los efectos indicados, con exclusión de los otros cinco; agrega el famoso profesor italiano que a esta distinción fueron arrastrados los comentaristas franceses por virtud

del silencio del Código Napoléon sobre las obligaciones nacidas de hecho ilícito; precisa que se ofreció evidente a su consideración que cada coautor del hecho ilícito venía sujeto al resarcimiento por entero del daño, y evidente que el pago hecho por uno liberaba a los demás. Pero -a decir de Giorgi-, en el Código mismo se hallan los obstáculos insuperables para declarar solidarias estas obligaciones, pues la solidaridad no se presume, y para vencer estos obstáculos les pareció el mejor remedio decir que la regla prohibitiva de la presunción de solidaridad era aplicable a la perfecta, a la reconocida por el Código; pero que, además de ésta, se imponía reconocer la imperfecta, la cual tenía lugar allí donde varios deudores se obligaren a una misma y única prestación, y el Código no les declare obligados solidariamente.

A entender de Giorgi, dado este primer paso por los comentaristas franceses, en el resbaladizo sendero del error, debían, naturalmente, recorrerlo todo. Así, observaron que en alguna de las obligaciones declaradas solidarias por la ley, los deudores se hallaban unidos por un acuerdo anterior, mientras en otras su unión se debía a la casualidad, sin conocer entre sí que los unos tuviesen noticia alguna de la obligación de los otros, llegando, de este modo, a la distinción de las dos especies de solidaridad en la serie de las obligaciones declaradas por la ley. Pero -siempre en palabras de Giorgi-, aquí comienzan la discrepancia y las sectas; siendo dentro de las principales, una muy numerosa, la que sigue a Mourlon, y enseña que la solidaridad legal es perfecta cuando los deudores aparecen unidos por un interés común o frecuente e imperfecta en todos los demás casos; anota Giorgi que otra agrupación de sabios, destacándose entre ellos a Aubry y Rau, proclama que es perfecta la solidaridad legal siempre que se funda sobre la presunta voluntad de las partes e imperfecta cuando descansa en razones de orden público; sosteniendo, asimismo, que la imperfecta se convierte en perfecta desde que tiene lugar la condena del deudor, distinciones todas ellas -en opinión de Giorgi- arbitrarias e imaginarias.

Según Giorgi, la jurisprudencia francesa sobre este tema aparece incierta, pero no porque vacile en reconocer, en cada caso de varios coautores de hecho ilícito, la obligación de reparar

cada uno por entero el daño, y de quedar libre en virtud del resarcimiento realizado por uno solo, sino que comienza la incertidumbre cuando se trata de determinar el carácter de estas obligaciones, aumentando y llegando casi a lo increíble, al determinar en qué consiste la solidaridad perfecta. Es tan grande la duda, agrega, que llega a confundir la solidaridad con la indivisibilidad, y también con otras instituciones jurídicas, ajenas por completo al caso de concurrencia de varios partícipes en la misma obligación; precisa el maestro italiano que una prueba de ello la constituye, en Francia, la existencia de hecho de Corporaciones religiosas no autorizadas por el Gobierno, que ha ofrecido la ocasión de decidir si los directores e individuos de semejantes Corporaciones están o no obligados a restituir a los socios que se retiran las sumas entregadas a la Sociedad, y, caso afirmativo, si la obligación es solidaria. Recuerda Giorgi que, por dos veces, en el 4 de abril y en el 30 de mayo de 1857, falló la Corte Imperial de Orléans que existe obligación, pero que no es solidaria, pronunciando la Corte Imperial de París sentencia en opuesto sentido. Escribe Giorgi que se trataba de la Marquesa de Guerry, quien después de haber aportado 1'200,000 francos a la Sociedad de las Damas del Sagrado Corazón, denominada Congregación de Picpus, se retiró de esta Sociedad, y reclamó de sus Directores la restitución de dicha suma. En tal estado de cosas, la Corte de París, el 8 de marzo de 1857, aceptando, en parte de la suma reclamada, la demanda de la Marquesa de Guerry, condenó solidariamente a la devolución a los Directores, en cuanto eran poseedores de los bienes de la Comunidad. Y la Corte de Casación, el 4 de noviembre de 1859, rechazó el recurso en el que, entre otras infracciones de la sentencia de la Corte Imperial de París, se alegaba la de haber extendido la solidaridad a casos no comprendidos en la ley. Apunta Giorgi que tanto la Corte de París como la de Casación emplearon la palabra "solidariamente"; preguntándose si cabía decir, por esto, que establecieron una especie nueva de solidaridad, una solidaridad imperfecta. Giorgi responde negativamente a esta pregunta, porque el haber condenado a los directores, sólo en cuanto poseían los bienes de la comunidad, demuestra que no se trataba de una obligación personal, y, por consiguiente, de solidaridad en el sentido propio de la palabra; agrega que este término fue, pues, usado impropiamente, bastando esto para de-

mostrar la confusión reinante en esta materia en la jurisprudencia francesa. Estas concepciones se mantuvieron en Francia hasta Demolombe, quien advirtió lo falso y lo arbitrario de la distinción entre solidaridad perfecta e imperfecta, y alzando francamente la divisa de la razón, fue el primero que se lanzó por este derrotero, conducente a los verdaderos principios: a una sola especie de solidaridad.

A decir de Giorgi, Demolombe sostiene que entre los deudores principales se da sólo una solidaridad: la que produce todos los efectos declarados en el Código, como propios de las obligaciones solidarias; admitiendo la existencia de otras obligaciones similares a las solidarias, porque obligan a todo deudor por entero, de modo que un solo pago libera a todos, y tales son -precisamente- las nacidas de un hecho ilícito; pero -recuerda el citado autor italiano- estas obligaciones no pueden llamarse solidarias, ni solidaridad imperfecta a la esencia jurídica que la informa, pudiéndose, a lo más, decirse que tales obligaciones son **in solidum**. Explica Giorgi que el mismo Demolombe encuentra además dos vicios en la distinción contraria: negar la solidaridad donde ésta existe y encontrarla donde no existe; incurriendo en el primero cuando pretende que algunos casos de solidaridad legal constituyen solidaridad imperfecta, ya que en tanto el legislador ha enumerado cuidadosamente los efectos de la solidaridad, la distinción lleva a negar muchos de estos efectos a ciertas obligaciones, declaradas solidarias por el legislador; incurriendo en el segundo vicio, cuando a algunas obligaciones no solidarias las bautiza con este nombre, sólo porque cada deudor viene afecto a la prestación por entero, liberando con su pago a todos los demás.

La teoría de Demolombe fue acogida también por Laurent, y Giorgi no vacila un momento en aceptarla, haciendo frente, sin temor, en este terreno, a los partidarios de las dos especies de solidaridad. Quienes sustentan la pluralidad de especies objetan que algunas obligaciones producen, según el Código Napoléon, el efecto principal de la solidaridad, o sea que un solo pago libera a todos los coobligados, y, sin embargo, no se los considera solidarios. Pero Giorgi replica que en la fianza simple se da también el mismo efecto, y sería absurdo, ciertamente, aplicarle el carácter

de la solidaridad. En su opinión, dichos autores usurpan el lenguaje de Dumoulin, y dicen que en la solidaridad perfecta los coobligados lo están **in totum et totaliter**; y en la imperfecta, **in totum sed non totaliter**. Pero -según el profesor italiano-, estas expresiones fueron poco felices aun en la pluma de Dumoulin, para distinguir, en cuyo sentido las usó, la solidaridad de la indivisibilidad, las que respondían al menos a un concepto jurídico fundado en la ley, y distinguieron dos instituciones jurídicas realmente diversas. Así, a entender de Giorgi, empleadas en el sentido que pretenden dichos autores, como fundamento de la distinción de dos supuestas solidaridades, representan un verdadero juego de palabras, pudiéndose satisfacer con ellas quien se contente con una ciencia de frases, no quien desee conocer las cosas como son. Recuerda Giorgi que dichos autores alegan, por último, que en algunos casos de solidaridad legal es racional y concebible el mandato de deudor a deudor, por prestarse sus relaciones a sobreentender recíprocamente un acuerdo tácito; pero en otros casos, en los que nunca se han visto ni se conocen, tal representación supone un evidentísimo absurdo. Giorgi califica a este argumento de fútil, pues la representación nacida de la solidaridad no siempre se funda en la voluntad expresa o presunta de las partes, ya que algunas veces descansa en los intereses de tercero, o en el orden público, cuyos fundamentos pueden también concurrir cuando los deudores no se hayan visto nunca, ni entendido entre sí.

Es por estas razones, según Giorgi, que la pretendida distinción de solidaridad perfecta e imperfecta entre deudores principales no rige ni aun con relación al Código de Napoléon, ni mucho menos en lo que respecta al Código Civil Italiano de 1865. Giorgi basa además su razonamiento en la opinión del tratadista de su misma nacionalidad, Emidio Pacifici-Mazzoni (quien en 1873 publicó su famoso tratado que lleva por título "*Instituzioni di Diritto Civile Italiano*"). Señala Giorgi que Pacifici-Mazzoni, en la primera edición de sus *Instituciones*, había seguido también, respecto al Código Civil Italiano, la distinción de las dos clases de solidaridad, pero con posterioridad, examinando más profundamente el argumento, lo repudió francamente en las sucesivas ediciones,

estimándolo incompatible con los principios fundamentales del Derecho Italiano.

Señala Giorgi que es digno de observarse que el legislador italiano (de 1865) haya preferido la expresión obligaciones **in solido** a la de obligaciones solidarias del Código Napoléon, lo que debe inducir a no usar la expresión **in solido** para designar aquellas obligaciones en las que, aun cuando varios deudores se hallen expuestos a pagar por entero y el pago de uno solo libere a los demás, no son, sin embargo, solidarias. Señala el autor italiano que pudieron valerse los romanos de las frases **in solidum teneri**, **obligari in solidum**, para significar también la actual obligación indivisible, la actual fianza, como cualquiera otra obligación en la que, por efecto de principios diversos de la solidaridad, se encuentren sujetas por entero varias personas a la obligación de un solo pago; y esto porque los romanos empleaban aquellas expresiones en un sentido mucho más extenso de la idea moderna de solidaridad. Precisa Giorgi que no puede valerse de la expresión "obligaciones **in solido**" con esta misma amplitud, ya que para el Derecho Italiano de su tiempo, estas expresiones tienen un significado riguroso: determinan precisamente el modo de ser de la obligación resultante del conjunto de las reglas establecidas por el Código Civil, que se ocupan de obligaciones **in solido**; denotando aquellas figuras jurídicas que producen no sólo el primer efecto, sino todos cuantos efectos propios de las obligaciones **in solido** quedan indicados. Por todo ello, Giorgi propone ser cautos al usar estas expresiones.

Creemos importante mencionar que algunos autores, como el español Manuel Albaladejo[47], nos hablan de la existencia de "solidaridades especiales de algún modo". Así trata, por un lado, acerca de la solidaridad uniforme y no uniforme, y por otro de la solidaridad total y parcial. Respecto de la solidaridad uniforme y no uniforme, Albaladejo señala que las circunstancias de las distintas obligaciones son, en principio, las mismas; pero también

(47) ALBALADEJO, Manuel. Op. cit., Volumen II, Tomo II, Páginas 92 y 93.

pueden ser diferentes, pues la solidaridad podrá existir aunque los acreedores y deudores no estén ligados del propio modo, y por unos mismos plazos y condiciones, motivo por el cual es posible que a unos se les haya concedido plazo, y no a los demás, o que el lugar fijado para el pago sea distinto en cada obligación, e incluso que unas sean puras y otras condicionales, hipótesis dentro de las cuales no podrá pedirse el cumplimiento sino a aquellos deudores cuya obligación esté ya vencida y sea exigible. En relación a la solidaridad total y parcial, precisa Albaladejo que el derecho de cualquier acreedor de exigir la prestación íntegra a todo deudor, o el deber de cualquiera de éstos de prestarla íntegramente a cualquiera de aquéllos, se dan frente a todos los deudores o acreedores, respectivamente, siendo éste el caso normal, pero agrega que cabe también que el derecho a pedir el todo o el deber de prestarlo no corresponda a alguno de los sujetos frente a alguno de los otros, y sí frente a los demás; por lo que si no corresponde a ninguno, ciertamente no hay solidaridad, pero si la hay sí corresponde a algunos, aunque no sean todos; cita como ejemplo que A, B y C sean acreedores de CH, D y E, pero pudiendo A pedir a CH solamente un tercio de la prestación total que, por lo demás, deben todos éstos a todos aquéllos.

– Nuestra opinión.

Luego de haber recordado las principales teorías que la doctrina ha elaborado acerca de la naturaleza jurídica de la solidaridad, nos corresponde exponer nuestra posición al respecto.

Sin lugar a dudas, no compartimos aquellas teorías clásicas del mandato y la representación, ya que las mismas son, a nuestro modo de ver, simples intentos de explicar la solidaridad sobre la base de figuras con distinta naturaleza. Demás está decir que el punto en el cual se quiebran totalmente estas teorías es en el caso de la solidaridad legal, ya que al ser ésta impuesta por la ley y no provenir de la voluntad de los particulares, no cabe la menor duda de que entre los codeudores o coacreedores solidarios no existe ni podría existir mandato expreso o tácito alguno.

Creemos que la manera adecuada para explicar la naturaleza jurídica de la solidaridad no es fácil de encontrar. Sin embargo, consideramos que el tratadista argentino Guillermo A. Borda es quien orienta el camino correcto.

Borda expresa -lo recordamos-, que la solidaridad es eso, simplemente la solidaridad. Nosotros creemos lo mismo y sobre ello tenemos mucho que decir.

El Derecho es una construcción que se ha edificado y se edifica con el paso de los siglos. Las normas positivas, vale decir las leyes, recogen en muchos casos figuras o instituciones que ha impuesto la realidad en las sociedades durante ese devenir del tiempo.

Sin duda, los Códigos Civiles del mundo recogen de principio a fin una serie de temas cuya construcción no es mera idea de los legisladores, sino que son impuestos por la propia naturaleza, como es el caso de los derechos de las personas, la familia y otros que en Derecho Civil no patrimonial han sido creados por Dios y por los seres humanos, y que los legisladores se han encargado de plasmar en normas positivas, las cuales intentan ser un fiel reflejo de la vida.

Si ingresamos al vasto campo del Derecho Civil patrimonial, encontraremos también muchos temas que son fruto o reflejo de las necesidades sociales, de la vida misma, de los hombres. Qué duda cabe de que la gran mayoría de los contratos típicos regulados por el Código Civil, como son la compraventa, la permuta, el suministro, la donación, el mutuo, el arrendamiento, el comodato, la locación de servicios, el contrato de obra, el mandato o el depósito, por sólo citar los más importantes, son el fruto del desarrollo de las relaciones humanas y que el Derecho se ha limitado a plasmar legislativamente lo que la vida diaria de los hombres ya había construido.

No vacilamos en afirmar que existirían la compraventa, la permuta o la donación, sin necesidad de regla legal alguna. Las sociedades no necesitan de un Código Civil ni de una ley que les

diga qué es una compraventa, qué es una permuta, qué es una donación.

Pero si bien es cierto que en los casos mencionados es la realidad la que impone determinados preceptos en las normas positivas, existen otras cuya elaboración y perfeccionamiento ha sido fruto, en igualdad de condiciones, no sólo de la realidad sino de las construcciones teóricas de los juristas. Este campo, igual de vasto que el anterior, constituye lo que se conoce con el nombre de la Teoría General en el Derecho Civil. Respecto de los actos jurídicos, los contratos, si nos detenemos un momento a analizar sus orígenes legislativos, si nos detenemos a analizar la puridad de conceptos que las normas de los Códigos han ido adquiriendo con el paso de los siglos, nos demostrarán que muchos de ellos no son solamente construcciones de las sociedades y de los hombres comunes y corrientes. Son construcciones teóricas, las mismas que han aparecido fundamentalmente por la labor de los hombres de Derecho. ¿Acaso podemos imaginar, sólo por citar algunos ejemplos, la representación, la simulación, el fraude del acto jurídico, la teoría de la anulabilidad y de la nulidad, la lesión, la cesión de posición contractual, la excesiva onerosidad de la prestación o las obligaciones de saneamiento, por sí solas, como fruto de la simple evolución humana? De ninguna manera. Muchos de los aspectos de la teoría general de los actos jurídicos y de la teoría general de los contratos son, sin lugar a dudas, construcciones teóricas destinadas a hacer más justo el ordenamiento jurídico, a imprimir el sello de la equidad a las relaciones de los hombres, pero dudamos de que se pueda decir que su inclusión en los ordenamientos positivos se haya debido únicamente a la presión social y no a la mano de juristas y de políticos. Como ejemplo baste recordar que la lesión no hubiese sido regulada en el Código Civil Francés, y de seguro por ningún otro Código del siglo pasado (dada la influencia de aquél), si el propio Napoléon Bonaparte no hubiera decidido su inclusión.

Pero la Teoría General del Derecho Civil, y especialmente la del Derecho Civil patrimonial, se vuelve más abstracta, obviamente, como lo venimos diciendo desde las primeras páginas de nuestro Tratado, en el Derecho de las Obligaciones. Si bien es

cierto que los hombres se obligarían, sin necesidad de que los Códigos regularan el tema, a dar, a hacer y a no hacer, podríamos preguntarnos si igual claridad encontrarían los seres humanos comunes y corrientes cuando estuviesen frente a obligaciones alternativas o facultativas o cuando estuvieran ante una obligación divisible o indivisible.

Pero aún así, hemos reiterado varias veces que, más allá de la indivisibilidad por pacto, que no es sino una ficción jurídica de los últimos siglos, la divisibilidad o indivisibilidad son impuestas por la naturaleza de las prestaciones, por la naturaleza de las cosas, no por la voluntad del hombre.

¿Pero acaso ocurre lo mismo con la solidaridad? En diversas ocasiones hemos recordado los niveles tan grandes de preocupación y -como dicen muchos autores- hasta de tortura espiritual y moral a los que llegó Dumoulin en lo referente al tema de lo diviso e indiviso. Si bien el tiempo y la Historia se han encargado de poner en su justo término los excesos y hasta errores de Dumoulin, creemos que sería injusto dejar de admitir que el tema de sus tribulaciones es uno de los más intrincados del Derecho de las Obligaciones. Sin llegar a ser ese mar tenebroso del que hablaba Dumoulin, tampoco es un jardín de rosas que no ofrezca dificultades al legislador, al jurista y al abogado.

Pero, en verdad, el tema más complicado del Derecho de las Obligaciones, aún más que el de la indivisibilidad, es el de la solidaridad. Solidaridad que no nace fundamentalmente de la presión social y de las relaciones entre los particulares. No puede dudarse de que el tema de la solidaridad constituye la mayor abstracción jurídica de todo el Derecho Civil. La solidaridad no es lo que el hombre común quiere que sea. No es lo que la sociedad quiere que sea; por la sencilla razón de que los hombres y las sociedades, más allá de algunas ideas difusas, no conocen sus verdaderos alcances. La solidaridad no puede existir sin la ley. No se crea por la naturaleza de las cosas ni por la naturaleza de las obligaciones. No existe **per se**. La solidaridad existe por la voluntad de los juristas y es lo que ellos mismos han definido.

El tema de la solidaridad no se concibe sin la ley. La solidaridad y todas sus consecuencias jurídicas constituyen una de las más perfectas construcciones del Derecho en general. La solidaridad es una respuesta del Derecho y de los juristas a la necesidad de crear la forma o manera más conveniente en que se obliguen varios deudores frente a un acreedor común. Es obvio, sin embargo, que la utilidad práctica de la solidaridad se basa fundamentalmente en el aspecto pasivo de la misma. La solidaridad activa es simple y llanamente una derivación teórica y una consecuencia natural de la existencia de la solidaridad pasiva. La solidaridad activa está allí porque existe la pasivo. Es el complemento teórico del problema. La otra faceta del mismo. El sello de la moneda, ya que en toda moneda lo más importante es el lugar donde figura la denominación. Las monedas son importantes por su valor. El sello es el complemento formal de la misma, pero con seguridad, a la hora de pagar o recibir un pago, reparamos en la cara y no en el sello. Lo mismo ocurre con la solidaridad. De ella sólo importa su aspecto pasivo. El activo es meramente el sello de la solidaridad.

Esta construcción teórica tiene por fin resguardar los intereses del acreedor; está destinada a crear la forma más perfecta y segura de contraer un crédito. La solidaridad apunta, pues, implícitamente, a satisfacer la finalidad fundamental del Derecho de las Obligaciones, vale decir, que éstas se cumplan.

Y es este propósito principal de la solidaridad, el que ha hecho que la misma se perfeccione con el paso del tiempo y que genere un paulatino proceso de adecuación de sus normas a ese fin último. Procuramos manifestar esto en el análisis que hacemos de la misma a lo largo de nuestro Tratado, y en nuestras propuestas de eventuales modificaciones legislativas de los preceptos sobre la solidaridad en el Código Civil Peruano de 1984.

Lo que buscamos a lo largo de estas páginas es, precisamente, hacer perfecta la solidaridad, pero esa perfección es imposible encontrarla con patrones preestablecidos; esa perfección es imposible encontrarla con figuras afines, similares, pero, al fin y al cabo, distintas. Esa perfección sólo se puede obtener siguiendo

los dictados de la lógica y siendo fieles a la propia razón de ser de la solidaridad.

La solidaridad es, fundamentalmente, la figura más representativa del ideal de perfección en el Derecho de las Obligaciones. Es la aspiración máxima de los juristas para dominar un tema en el Derecho. La solidaridad es, sin temor a equivocarnos, la tentación académica más atractiva de todo profesor de Obligaciones. La solidaridad es la solidaridad. Decir algo distinto implica no entenderla y tratar de explicarla sobre la base de aquello que sí está al alcance de la generalidad de los conocimientos del Derecho. La solidaridad es en sí misma, como abstracción teórica, un esfuerzo intelectual, un ideal. Es esa perfección cuyas consecuencias y características han sido, son y serán dictadas por la Historia, por la justicia, por la razón y por la lógica.

No espere el lector que concluyamos diciendo que la solidaridad es algo menos intrincado de lo que es.

– *Solidaridad pasiva y fianza solidaria.*

Un tema que vale la pena dilucidar en este extremo de nuestro Tratado, para concluir los conceptos que estamos analizando, es el de las diferencias entre la solidaridad pasiva y la fianza solidaria.

Esta materia ha suscitado numerosas discusiones en nuestra tradición jurídica.

Creemos que, a pesar de estar zanjado el tema en la actualidad, el Código Civil Peruano de 1984 no ha tenido la claridad deseada -en el Título relativo al Contrato de Fianza-, para diferenciar una figura de otra.

Recordemos, sólo para ilustrar la aludida deficiencia, que el artículo 1883 del Código nacional establece, en su inciso 2, que la excusión no tiene lugar cuando el fiador se ha obligado solidariamente con el deudor.

Reiteramos que la redacción del inciso transcrito del artículo 1883 es deficiente (a pesar de la defensa que hacen del mismo dos de los autores del Código Civil de 1984, los Doctores Max Arias-Schreiber Pezet y Carlos Cárdenas Quirós)[48]. De la misma parecería que el fiador solidario se estuviese obligando solidariamente con el deudor. Si esto fuera así, dicho fiador no sería tal, sino que únicamente sería un codeudor solidario, junto con el otro deudor. A la vez debemos decir que si fuese codeudor solidario (frente al acreedor común), no podría ser fiador, puesto que resulta incompatible que en una misma persona se reúnan las calidades de deudor solidario y de garante de sí mismo. Esto sería absurdo.

La interpretación correcta del tema de la fianza solidaria es que ésta crea una solidaridad muy especial, distinta, en cuanto a su origen, de la solidaridad pasiva, por cuanto en la fianza solidaria no hay codeudores obligados por el íntegro, sino única y exclusivamente un garante (fiador), que ha renunciado al beneficio de excusión. Esta es la interpretación correcta de los principios que esbozó el más autorizado sector de la Escuela Exegética Francesa, cuyo máximo representante -en este y muchos otros temas- fue Marie Paul Gabriel de Baudry-Lacantinerie.

En adición a la diferencia fundamental que separa a la obligación solidaria de la fianza solidaria -la misma que acaba de ser anotada por nosotros-, debemos señalar que en tanto que en la obligación solidaria el codeudor que paga puede subrogarse en el lugar del acreedor, frente a los codeudores que no pagaron, hasta por la parte de cada uno de éstos (artículos 1260, inciso 2, y 1263 del Código Civil), en la fianza solidaria, el artículo 1891 establece el principio contrario, al señalar que si son varios los deudores obligados solidariamente, el fiador que ha garantizado por todos puede subrogarse contra cualquiera de ellos por el íntegro de lo pagado; principio que se explica porque el fiador no tiene interés en la obligación principal: sólo la garantiza. Adicionalmente, a

(48) ARIAS SCHREIBER PEZET, Max y CARDENAS QUIROS, Carlos. Exégesis del Código Civil Peruano de 1984, Tomo III, Páginas 275 y 276. Primera Edición. San Jerónimo Ediciones, Lima, 1989.

través del artículo 1893 se establece que cuando varias personas otorgan fianza a un mismo deudor por la misma deuda, el fiador que haya pagado tiene acción contra los demás fiadores por su parte respectiva; en tanto que si alguno de ellos resulta insolvente, la parte de éste se distribuye proporcionalmente entre los demás.

De otro lado, en lo referente a la transacción celebrada entre el acreedor común y uno de los codeudores sobre el íntegro de la obligación, rige lo dispuesto en el artículo 1188, en el sentido de que dicho acto libera a los demás codeudores, en tanto que en las relaciones internas entre el deudor que transigió y sus codeudores, estos 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. En cambio, en la fianza solidaria, en virtud de lo prescrito por el artículo 1889, segundo párrafo, si el fiador ha transigido con el acreedor, no puede pedir al deudor más de lo que realmente ha pagado.

Por lo demás, podríamos señalar que la obligación solidaria se asemeja a la fianza solidaria en que en aquélla el acreedor puede demandar el íntegro a uno de los deudores, a algunos o a todos ellos simultáneamente (artículo 1186) y en la fianza solidaria, igualmente, el acreedor puede actuar contra cualquiera de los fiadores o contra todos ellos simultáneamente y por el íntegro.

Además, ni la obligación solidaria, ni la fianza solidaria, se presumen, debiendo ambas pactarse expresamente (artículos 1183 y 1883, inciso 2, del Código Civil, respectivamente).

Por otra parte, en la obligación solidaria, en regla de plena lógica, el artículo 1184 del Código Civil faculta la subrogación del deudor que pagó anticipadamente respecto de quienes no lo hicieron, sólo después de vencidos los plazos de los demás; en tanto que en la fianza solidaria, a través del artículo 1896, se establece también que el fiador que pagó anticipadamente la obligación principal no puede subrogarse contra el deudor sino después de vencido el plazo de aquélla.

– ***Propuesta de eventual modificación legislativa del artículo 1183.***

Artículo 1183.- "Son solidarias las obligaciones de sujeto plural, en las cuales por voluntad de las partes, voluntad unilateral o mandato de la ley, y con prescindencia de la naturaleza divisible o indivisible de su objeto, cualquiera de los deudores debe satisfacer o cualquiera de los acreedores puede exigir el cumplimiento total de la prestación.

La solidaridad no se presume. Sólo la ley o el título de la obligación la establecen en forma expresa."

– ***Fundamento.***

Proponemos agregar un párrafo que contenga una definición de las obligaciones solidarias, por razones metodológicas y didácticas.

– ***Jurisprudencia peruana del artículo 1183.***

En relación al tema de no presunción de la solidaridad, tenemos las siguientes Ejecutorias Supremas:

I.- "La solidaridad de las obligaciones contraídas por los que intervienen en una letra de cambio no está regida por las disposiciones del Código Civil, sino por las del Código de Comercio." Revista de los Tribunales, 1933, página 64. Anales Judiciales, 1933, Página 39. (Artículo 1209 del Código Civil de 1936).

II.- "La concurrencia de dos o más deudores en una obligación no los convierte en obligados solidarios, sino cuando así conste expresamente del contrato o de una disposición de la ley.

Fallecido uno de los deudores mancomunados, son sus he-

rederos quienes asumen la obligación y a quienes debe notificárseles con las providencias respectivas en el juicio que se seguía a aquél." Ejecutoria del 7 de junio de 1974. Revista de Jurisprudencia Peruana, Número 365, 1974, Página 688. (Artículos 1201 y 1209 del Código Civil de 1936 y 1172 y 1173 del Código Civil de 1984).

III.- "Sólo existe solidaridad en las obligaciones cuando la ley o el pacto lo determinen en forma expresa.

El Decreto Ley 19390 no es de aplicación a las cartas fianzas otorgadas con anterioridad a su vigencia." Ejecutoria del 13 de noviembre de 1974. Revista de Jurisprudencia Peruana, Número 373, 1975, Página 176. (Artículo 1209 del Código Civil de 1936).

IV.- "La garantía otorgada solidariamente por una Compañía de Seguros, en forma incondicionada y de realización automática, mediante carta-fianza, opera sin restricción ni requisito y debe ser hecha efectiva al sólo requerimiento notarial de la persona a quien se otorga, sin que pueda el fiador, previamente a la realización o cumplimiento de la obligación, considerar las relaciones existentes entre su fiado y el acreedor." "El Peruano", 27 de mayo de 1975. Revista de Jurisprudencia Peruana, 1975, Página 719. Boletín Judicial Número 16, página 30. (Artículo 1209 del Código Civil de 1936).

V.- "El hecho de que el causante del accidente tuviese contratada una póliza de seguro en la compañía demandada, no produce solidaridad entre el asegurado y el asegurador, para la reparación del daño causado por aquél. Tampoco genera vinculación jurídica entre el asegurador y el tercero víctima del evento dañoso." Ejecutoria del 25 de abril de 1982. "El Peruano", Número 12769, 21 de junio de 1982. (Artículo 1209 del Código Civil de 1936).

VI.- "El seguro por responsabilidad derivada de acto ilícito no produce solidaridad entre el asegurado y el asegurador para

la reparación del daño causado por aquél, ni genera vinculación jurídica entre el asegurador y el tercero víctima del evento dañoso." Ejecutoria del 7 de septiembre de 1982. "El Peruano", Número 12867, 27 de septiembre de 1982. (Artículo 1209 del Código Civil de 1936).

VII.- '**Contrario sensu**', quienes contraten a nombre y en representación de una sociedad irregular, están en la posibilidad legal de exigir su cumplimiento sin que pueda oponérseles las limitaciones de la representación.

El artículo 342 de la Ley de Sociedades Mercantiles reconoce validez a los contratos que la sociedad irregular celebre con terceros.

El artículo 340 de la misma Ley, establece que quienes realicen actos jurídicos, como representantes de una sociedad irregular, responden solidaria o ilimitadamente por el cumplimiento de dichos actos frente a terceros." Ejecutoria del 9 de abril de 1984. "El Peruano", Número 13494, 28 de mayo de 1984. (Artículo 1209 del Código Civil de 1936).

VIII.- "La obligación de los ejecutados es solidaria, de conformidad con lo prescrito por la Ley de Títulos-Valores.

La **plus** petición sólo procede cuando se demanda el pago de una deuda que el ejecutante dio personalmente por cancelada, o si éste niega maliciosamente alguna cantidad recibida a cuenta de ella." Ejecutoria del 29 de enero de 1986. "El Peruano", Número 14274, 14 de julio de 1986. (Artículo 1209 del Código Civil de 1936).

IX.- "Cuando en la demanda se acciona contra una persona jurídica y una persona natural, alternativamente, y la sentencia se pronuncia sobre un extremo no demandado al ordenar pago solidario, la resolución expedida es nula y el juez debe pronunciar nuevo fallo con arreglo a ley." Ejecutoria del 5 de marzo de 1986. "El Peruano", Número 14366, 13 de octubre de 1986. (Artículo 1209 del Código Civil de 1936).

– ***Concordancias nacionales.***

Pluralidad de mandatarios, artículo 1795 del Código Civil / Pluralidad de mandantes, artículo 1800 del Código Civil / Pluralidad de gestores, artículo 1951 del Código Civil / Pluralidad de responsables del daño, artículo 1983 del Código Civil / Responsabilidad de los socios en Sociedades Colectivas, artículo 25 de la Ley General de Sociedades / Responsabilidad de los socios colectivos en Sociedades en Comanditas Simples, artículo 57 de la Ley General de Sociedades.

OBLIGACIONES INDIVISIBLES	OBLIGACIONES SOLIDARIAS

(11) SOLIDARIDAD PASIVA. OBLIGACION DE LOS DEUDORES CON MODALIDADES DIFERENTES.

Se aplica a las obligaciones indivisibles el artículo 1184, en virtud de lo dispuesto por el artículo 1181, primer párrafo, del Código Civil.

Artículo 1184.- *"La solidaridad no queda excluida por la circunstancia de que cada uno de los deudores esté obligado con modalidades diferentes ante el acreedor, o de que el deudor común se encuentre obligado con modalidades distintas ante los acreedores.*

Sin embargo, tratándose de condiciones o plazos suspensivos, no podrá exigirse el cumplimiento de la obligación afectada por ellos hasta que se cumpla la condición o venza el plazo."

– ***Fuentes nacionales del artículo 1184.***

Este artículo no registra antecedentes en el *Proyecto de Có-*

digo Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836; así como tampoco en el *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836*; ni en el *Código Civil de 1852.*

El tema fue tratado por primera vez en el *Proyecto de Código Civil de 1890*, por el artículo 1545: "La obligación que tiene por objeto una sola y misma cosa, no deja de ser solidaria, porque para alguno de los acreedores, o para alguno de los deudores sea obligación pura y simple, y para otros obligación condicional, a plazo, o pagadera en otro lugar."

Posteriormente abordaron el particular el *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925*, con el numeral 167: "La solidaridad podrá existir aunque los acreedores o deudores no estén ligados del propio modo y por unos mismos plazos y condiciones."; el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926*, con el artículo 158: "La solidaridad podrá existir aunque los acreedores o deudores no estén ligados del propio modo y por unos mismos plazos y condiciones."; el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936*, con el artículo 1201: "La solidaridad podrá existir aunque los acreedores o deudores no estén ligados del propio modo y por unos mismos plazos y condiciones."; y el *Código Civil de 1936*, con el numeral 1211: "La solidaridad podrá existir aunque los acreedores o deudores no estén ligados del propio modo y por unos mismos plazos y condiciones."

Ya dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973*, tocó el tema de la siguiente manera: "La solidaridad no queda excluida por el hecho de que los deudores singulares estén obligados cada uno con modalidades diversas, o el deudor común esté obligado con modalidades diversas frente a los acreedores singulares."; el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980*, lo hizo en el artículo 63: "La solidaridad no queda excluida por la circunstancia de que cada uno de los deudores está obligado con modalidades diferentes ante el acreedor, o de que el deudor común se encuentre

obligado con modalidades distintas ante los acreedores.- Sin embargo, tratándose de condiciones o plazos suspensivos, no podrá exigirse el cumplimiento de la obligación afectada por ellos hasta que se cumpla la condición o venza el plazo."; mientras que el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981,* lo hacía en el numeral 1205: "La solidaridad no queda excluida por la circunstancia de que cada uno de los deudores está obligado con modalidades diferentes ante el acreedor, o de que el deudor común se encuentre obligado con modalidades distintas ante los acreedores.- Sin embargo, tratándose de condiciones o plazos suspensivos, no podrá exigirse el cumplimiento de la obligación afectada por ellos hasta que se cumpla la condición o venza el plazo."; y el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984*, regulaba el particular en el numeral 1152: "La solidaridad no queda excluida por la circunstancia de que cada uno de los deudores está obligado con modalidades diferentes ante el acreedor, o de que el deudor común se encuentre obligado con modalidades distintas ante los acreedores.- Sin embargo, tratándose de condiciones o plazos suspensivos, no podrá exigirse el cumplimiento de la obligación afectada por ellos hasta que se cumpla la condición o venza el plazo."

– Fuentes y concordancias extranjeras.

Coinciden con el artículo 1184 del Código Civil Peruano, entre otros, los Códigos Civiles Panameño (artículo 1027), Costarricense de 1888 (artículo 639), Francés (artículo 1201), Portorriqueño de 1930 (artículo 1094 -similar al primer párrafo del artículo 1184 Peruano-), Italiano de 1942 (artículo 1293 -similar al primer párrafo del artículo 1184 Peruano-), Uruguayo (artículo 1393), Ecuatoriano (artículo 1555), Venezolano de 1942 (artículo 1222), Venezolano de 1880 (artículo 1132), Chileno (artículo 1512), Boliviano de 1976 (artículo 434), Anteproyecto de Código Civil Boliviano de Angel Ossorio y Gallardo de 1943 (artículo 744), Anteproyecto Paraguayo de Luis de Gásperi (artículo 978, primer párrafo), Portugués de 1967 (artículo 512), Español (artículo 1140), Paraguayo de 1987 (artículo 509, primer párrafo), Argentino (artículo 702: La obligación no deja de ser solidaria, cuando

debiéndose una sola y misma cosa, ella sea para algunos de los acreedores o para algunos de los deudores obligación pura y simple y para otros obligación condicional o a plazo, o pagadera en otro lugar), Proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones y Contratos de 1927 (artículo 129), y el Código Civil de la Provincia de Québec (artículo 1104).

– *Análisis.*

El artículo 1184 del Código Civil Peruano, en su primer párrafo, al tratar acerca de la posibilidad de que los deudores o acreedores se hayan obligado con modalidades diferentes para la ejecución de la prestación, se está refiriendo -naturalmente- a las modalidades de los actos jurídicos, contenidas en los artículos 171 a 189 del Código Civil, y que, como se sabe, son la condición, el plazo y el modo.

En virtud de lo señalado por el artículo 1184, dicha circunstancia no alterará la situación de solidaridad de la obligación pactada, porque, como decía el Doctor Manuel Augusto Olaechea, la solidaridad es una modalidad que sólo se refiere al vínculo y no a la naturaleza intrínseca de la prestación; agrega el citado jurista que, precisamente por eso, porque la modalidad solidaria no va al fondo, la solidaridad puede existir aunque los acreedores o deudores no estén ligados de la misma manera, requiriéndose únicamente la unidad de objeto de la prestación.

Como expresaba el Doctor León Barandiarán[1]:

"La indicación contenida en el artículo 1211 (se refiere al Código Civil de 1936) está admitida inconcusamente. La solidaridad resulta del mismo título obligacional, en cuanto él determina que la prestación sea exigible y se cumpla por el **totum**. Por ende, no tienen influencia en este punto, factores circunstanciales sobre la forma del cumplimiento de la obligación, como son el modo, la

(1) LEON BARANDIARAN, José. Op. cit., Tomo II, Página 131.

condición y el plazo, meras modalidades, esto es, elementos accidentales del negocio jurídico. Tampoco alteraría el carácter de la obligación la circunstancia de que fueran diversos los lugares de pago, ni, como repara Huc, la incapacidad de un deudor afectaría al régimen de solidaridad respecto a los otros. Es decir, que en la obligación solidaria hay unidad de prestación, pero pluralidad de vínculos."

Ya decía Pothier[2] que con tal que las partes se hayan obligado cada una totalmente a una misma cosa, aunque se hayan obligado de un modo diferente, no por esto dejan de ser codeudores solidarios. Opinaba el citado autor, que se podría decir que repugna que una sola y misma obligación tenga cualidades opuestas; como que, por ejemplo, sea pura y simple en relación a uno de los deudores, y condicional respecto a otro. Pero señala que la obligación solidaria es, en verdad, una, en relación a la cosa que de ella es objeto, el sujeto y la materia; mas está compuesta de tantos lazos distintos, son las personas diferentes que la han contraído; y estas personas, siendo diferentes entre sí, son obligadas por lazos distintos, que pueden, por consiguiente, tener cualidades diferentes; por lo que, recordando a Papiniano, Pothier señala que la obligación es una con relación a su objeto, que es la cosa debida, pero puede decirse, con relación a las personas, que hay tantas obligaciones como personas obligadas. Laurent[3] comparte los razonamientos de Pothier, precisando que, a pesar de lo que se podría creer, estas modalidades no impiden ni se encuentran en contradicción con la naturaleza de la solidaridad.

Al tratar Giorgi[4] acerca del tema, señala que en el supuesto en que el deudor se haya obligado respecto de alguno de los acreedores, no puramente, sino bajo condición o a término, en este caso, por la parte de dicho acreedor, tanto con relación a él como a los otros acreedores, debe respetarse la condición o el término, pues de lo contrario, esta modalidad se haría ilusoria.

(2) POTHIER, Robert Joseph. Op. cit., Páginas 215 y 216.
(3) LAURENT, François. Op. cit., Tomo XVII, Página 287.
(4) GIORGI, Giorgio. Op. cit., Volumen I, Páginas 97 y 98.

Se pregunta el maestro italiano acerca de si el acreedor podría, en lugar de exigir el crédito entero, dividirlo y exigir solamente su parte, respondiendo afirmativamente, al considerar que podría hacerlo siempre que no se oponga el deudor, que no está obligado a pagar por partes; y precisa que también los otros acreedores pueden, si lo creen perjudicial para sus intereses, oponerse al pago parcial; oposición -lo aclaramos-, que procedería siempre y cuando la obligación solidaria no fuese indivisible.

Es claro, por otra parte, como señala Borda[5], que el acreedor no puede, antes de cumplirse el plazo o la condición suspensiva, reclamar el pago del deudor que tuviere ese beneficio; y en cambio podrá reclamar la totalidad de la deuda (inclusive la parte del deudor condicional o a plazo) de los restantes deudores. En palabras del propio Borda[6], no hay inconveniente en que al contraer la obligación solidaria, los deudores convengan con el acreedor en que éste dirigirá su acción primero contra alguno de los codeudores y luego contra los otros, o bien que debe demandarlos a todos conjuntamente, ya que en este asunto no media interés de orden público y las partes pueden regularlo según les convenga.

En opinión nuestra, podrá estipularse este tipo de modalidades en una obligación solidaria, pero al celebrarse esta clase de pactos, no se afectará la naturaleza de la obligación. Para ilustrar la materia vamos a utilizar un ejemplo.

El artículo 1184 nos plantea diversas situaciones. El primer caso previsto por la norma es el del plazo. Así, supongamos que dos deudores se han obligado solidariamente frente a un acreedor común al pago de 40,000 soles. El primero deberá pagar el primero de septiembre, mientras que el segundo deberá hacerlo el día primero de octubre. Es claro que la circunstancia de haberse pactado un plazo resolutorio no alterará el hecho de que la obligación sea solidaria, al igual que ocurrirá si el plazo fuese

(5) BORDA, Guillermo A. Op. cit., Tomo I, Página 480.
(6) BORDA, Guillermo A. Op. cit., Tomo I, Página 466.

suspensivo. Laurent[7] decía, en relación al término o plazo, que éste sólo aplaza el cumplimiento de la obligación, que por lo demás, conserva todos sus caracteres y todos sus efectos, agregando que aquello que, en caso de solidaridad, resulta de estos caracteres y efectos es que el acreedor no puede demandar inmediatamente a uno de los codeudores que estipuló el término, mientras que sí puede demandar a los deudores puros y simples.

Otro supuesto contenido en el artículo 1184 del Código Civil Peruano es el de la condición. Podría darse el caso de que los dos deudores del ejemplo anterior se hubieran obligado frente al acreedor común, bajo condiciones distintas. Si este fuese el caso, tal situación no destruiría la solidaridad. Sin embargo, es necesario distinguir entre la condición resolutoria y la suspensiva. Si la obligación estuviese sujeta a distintas condiciones resolutorias, mientras ninguna de ellas ocurra, se podrá exigir el cumplimiento íntegro de la obligación a cualquiera de los deudores. Si la obligación estuviese sujeta a una condición suspensiva, sería de aplicación el segundo párrafo del artículo bajo comentario, esto es que respecto al codeudor con quien se ha concertado una condición suspensiva, sólo le será exigible la obligación cuando ella se cumpla, al igual que con el plazo suspensivo.

Por último, podría darse el caso de que los deudores estén obligados con modalidades diferentes: que el primer deudor se haya obligado a pagar en la ciudad de Lima y el segundo en la ciudad de Ica. Esta situación, evidentemente, no destruiría la solidaridad de la obligación.

Para aclarar conceptos, supongamos que dos deudores se han obligado solidariamente ante tres acreedores a entregarles un automóvil determinado. Pero la obligación no puede ser exigida a todos los deudores en el mismo plazo, ni todos los acreedores pueden exigir el cumplimiento de la obligación en el mismo plazo. Supongamos también que estos plazos son suspensivos, y que el primer deudor deberá entregar el automóvil sólo a partir del pri-

(7) LAURENT, François. Op. cit., Tomo XVII, Página 288.

mero de abril y el segundo deudor, sólo a partir del 31 de mayo; mientras que, por otro lado, el primero de los acreedores no podrá exigir el cumplimiento de la obligación, sino a partir del primero de abril, mientras que el segundo y el tercer acreedores sólo lo podrán hacer a partir del 31 de mayo.

El día primero de abril ocurrirá que sólo uno de los deudores estará obligado a ejecutar la prestación y que sólo uno de los acreedores podrá cobrarla. El otro deudor no podrá ni deberá ejecutarla, en la misma medida en que los otros dos coacreedores solidarios no podrán exigir su cumplimiento en esa fecha.

Pero, si el primer acreedor decide exigir el cumplimiento de la obligación, sólo podrá hacerlo respecto del deudor cuyo plazo suspensivo ha vencido (el primero). De ocurrir esa situación, este deudor se encontrará en la obligación de entregar el íntegro de la deuda contraída, vale decir, el automóvil, no pudiendo oponerse a dicho cumplimiento invocando la situación de que su codeudor y los otros dos coacreedores se han obligado con modalidades diferentes. Siguiendo la norma del artículo 1184 del Código Civil Peruano, en su primer párrafo, la solidaridad no queda excluida por tal circunstancia.

En virtud de lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo que estamos comentando, vemos que los acreedores cuyos plazos no han vencido no podrán exigir a ninguno de los deudores (ni siquiera a aquel cuyo plazo ya venció) el cumplimiento de la obligación; al igual que el deudor cuyo plazo no ha vencido no deberá cumplir frente a ninguno de los acreedores (ni aun respecto a aquel cuyo plazo suspensivo ya venció). Y exactamente lo mismo sucederá si nos encontramos ante condiciones suspensivas.

Si se tratase de una obligación indivisible y solidaria, no habrá problema alguno, ya que en virtud de lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 1181, es de aplicación a ambas clases de obligaciones la norma del artículo 1184. Y lo mismo ocurrirá si la obligación fuese indivisible y mancomunada, por remisión del mismo artículo 1181.

– Concordancias nacionales.

Condición suspensiva y resolutoria, artículo 171 del Código Civil / Plazo suspensivo, artículo 178 del Código Civil / Reglas aplicables a las obligaciones indivisibles y mancomunadas y a las obligaciones indivisibles y solidarias, artículo 1181 del Código Civil / Responsabilidad de la Gerencia en la Sociedad Anónima, artículo 182 de la Ley General de Sociedades / Responsabilidad en Sociedades Civiles Ordinarias, artículo 330 de la Ley General de Sociedades / Responsabilidad en Sociedades Civiles de Responsabilidad Limitada, artículo 343 de la Ley General de Sociedades / Responsabilidad de liquidadores en Sociedades Civiles, artículo 342 de la Ley General de Sociedades / Responsabilidad en Sociedades Irregulares, artículo 387 de la Ley General de Sociedades.

OBLIGACIONES INDIVISIBLES	OBLIGACIONES SOLIDARIAS
(12) LIBERACION TOTAL DE LOS CODEUDORES.	
Se aplica a las obligaciones indivisibles el artículo 1188, en virtud de lo dispuesto por la primera parte del artículo 1181 del Código Civil.	**Artículo 1188.**- *"La novación, compensación, condonación o transacción entre el acreedor y uno de los deudores solidarios sobre la totalidad de la obligación, libera a los demás codeudores.* *En estos casos las relaciones entre el deudor que practicó tales actos y sus codeudores, se rigen por las reglas siguientes:* *1. En la novación, los codeudores responden, a su elección, por su parte en la obligación primitiva o por la proporción que les habría correspondido en la nueva obligación.* *2. En la compensación, los codeudores responden por su parte.* *3. En la condonación, se extingue la obligación de los codeudores.* *4. En la transacción, los codeudores responden, a su elección, por su parte en la obligación original o por la proporción que*

les habría correspondido en las prestaciones resultantes de la transacción."

– *Fuentes nacionales del artículo 1188.*

Este artículo no registra antecedentes en el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836*; ni en el *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836.*

El *Código Civil de 1852* legisló el tema en su artículo 2245: "El perdón hecho a uno de los deudores mancomunados, extingue la obligación, si el acreedor no se reservó el derecho de cobrar a los otros. En este último caso, el perdón es de la parte que debía pagar el deudor mancomunado."; en tanto que el *Proyecto de Código Civil de 1890*, lo hacía en sus numerales 1561: "La novación, compensación, confusión o remisión de deuda, respecto de cualquiera de los acreedores solidarios, extingue la obligación."; y 3031: "La transacción celebrada con un deudor solidario aprovecha a los otros, pero no puede serles opuesta; y recíprocamente, la transacción con un acreedor solidario, puede ser invocada por los otros, mas no serles opuesta, sino por su parte en el crédito."

Por otra parte, el *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925*, abordó el tema en sus artículos 172: "La novación, remisión y compensación hecha por cualquiera de los acreedores, y con cualquiera de los deudores, extingue la obligación.- El acreedor que haya ejecutado cualquiera de estos actos, así como el que cobre la deuda, responderá a los demás de la parte que les corresponde en la obligación."; y 176: "La transacción celebrada entre uno de los acreedores solidarios y el deudor extingue la obligación de éste respecto de los otros acreedores. Recíprocamente, la transacción celebrada entre uno de los deudores solidarios y el acreedor extingue la obligación respecto de los otros codeudores."; en tanto que el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926*, lo hacía en tres normas, los artículos 163:

"La novación, remisión y compensación hecha por cualquiera de los acreedores, y con cualquiera de los deudores, extingue la obligación.- El acreedor que haya ejecutado cualquiera de estos actos, así como el que cobra la deuda, responderá a los demás de la parte que les corresponda en la obligación."; 167: "La transacción celebrada entre uno de los acreedores solidarios y el deudor extingue la obligación de éste respecto de los otros acreedores. Recíprocamente, la transacción celebrada entre uno de los deudores solidarios y el acreedor extingue la obligación respecto de los otros codeudores."; y 264: "El perdón hecho a uno de los deudores solidarios, extingue la obligación, si el acreedor no se reservó el derecho de cobrar a los otros. En este último caso, el perdón es de la parte que debía pagar el deudor solidario."; el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936*, lo hacía en sus artículos 1206: "La novación, remisión y compensación hecha por cualquiera de los acreedores, y con cualquiera de los deudores, extingue la obligación. El acreedor que hubiese ejecutado cualquiera de estos actos, así como el que cobra la deuda, responderá a los demás de la parte que les corresponde en la obligación."; 1209: "La transacción celebrada entre uno de los acreedores solidarios y el deudor extingue la obligación de éste respecto de los otros acreedores. Recíprocamente, la transacción celebrada entre uno de los deudores solidarios y el acreedor extingue la obligación respecto de los otros codeudores."; y 1288: "El perdón hecho a uno de los deudores solidarios, extingue la obligación, si el acreedor no se reservó el derecho de cobrar a los demás."; y el *Código Civil de 1936*, trataba el punto en sus artículos 1216: "La novación, remisión y compensación hecha por cualquiera de los acreedores y con cualquiera de los deudores, extingue la obligación solidaria. El acreedor que hubiese ejecutado cualquiera de estos actos, así como el que cobra la deuda, responderá a los demás de la parte que les corresponde en la obligación."; 1219: "La transacción celebrada entre uno de los acreedores solidarios y el deudor extingue la obligación de éste respecto de los otros acreedores. Recíprocamente, la transacción celebrada entre uno de los deudores solidarios y el acreedor extingue la obligación respecto de los otros codeudores."; y 1299: "El perdón hecho a uno de los deudores solidarios, extingue la obliga-

ción, si el acreedor no se reservó el derecho de cobrar a los demás."

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973*, consignó varios preceptos para la regulación de este tema; los artículos 60: "La novación entre el acreedor y uno de los deudores solidarios libera a los otros deudores. Pero cuando se haya querido limitar la novación a uno solo de los deudores, los otros no quedan liberados más que en cuanto a la parte de este último.- Si ha sido convenida entre uno de los acreedores solidarios y el deudor, la novación tiene efecto frente a los otros acreedores sólo en cuanto a la parte del primero."; 61: "La remisión a favor de uno de los deudores solidarios libera también a los otros deudores, salvo que el acreedor haya reservado su derecho frente a los otros, caso en el cual el acreedor no puede exigir el crédito de éstos, si no detrae la parte del deudor a favor del cual ha consentido la remisión.- Si la remisión se hace por uno de los acreedores solidarios, la misma libera al deudor frente a los otros acreedores sólo en cuanto a la parte correspondiente al primero."; 62: "La compensación entre el acreedor y uno de los deudores solidarios libera a los otros deudores.- Si es hecha entre uno de los acreedores solidarios y el deudor, la compensación tiene efecto frente a los otros acreedores sólo en cuanto a la parte del primero.- Cada uno de los deudores solidarios puede oponer en compensación el crédito de un codeudor sólo hasta la concurrencia de la parte de este último.- A uno de los acreedores solidarios el deudor le puede oponer en compensación lo que se le debe por otro de los acreedores, pero sólo en cuanto a la parte de éste."; y 64: "La transacción hecha por el acreedor con uno de los deudores solidarios no produce efecto respecto de los otros, si éstos no declaran querer aprovecharse de ella.- Igualmente, si ha tenido lugar entre uno de los acreedores solidarios y el deudor, la transacción no tiene efecto frente a los otros acreedores, si éstos no declaran querer aprovecharse de ella."

El *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980*, trató sobre el particular en su artículo 67: "La novación, compensación, remisión 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 regirán 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 remisión, se extingue la obligación de los codeudores; 4. En la transacción, los codeudores responden, a su elección, por su parte en la obligación original o por la proporción que les habría correspondido en las prestaciones resultantes de la transacción."; mientras que el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981*, lo hizo en su artículo 1209: "La novación, compensación, remisión 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 regirán 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 remisión, se extingue la obligación de los codeudores; 4. En la transacción, los codeudores responden, a su elección, por su parte en la obligación original o por la proporción que les habría correspondido en las prestaciones resultantes de la transacción."; y, finalmente, el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984*, lo hizo en su artículo 1156: "La novación, compensación, condonación o transacción entre el acreedor y uno de los deudores solidarios sobre la totalidad de la obligación, libera a los demás codeudores.- En estos casos, las relaciones entre el deudor que practicó tales actos y sus codeudores, se rigen por las reglas siguientes: 1. En la novación, los codeudores responden, a su elección, por su parte en la obligación primitiva o por la proporción que les habría correspondido en la nueva obligación.- 2. En la compensación, los codeudores responden por su parte.- 3. En la condonación, se extingue la obligación de los codeudores.- 4. En la transacción, los codeudores responden, a su elección, por su parte en la obliga-

ción original o por la proporción que les habría correspondido en las prestaciones resultantes de la transacción."

– ***Fuentes y concordancias extranjeras.***

Coinciden con el artículo 1188 del Código Civil Peruano, entre otros, los Códigos Civiles Panameño (artículo 1030), estableciendo que esta regla rige también para los acreedores solidarios; Hondureño de 1906 (artículo 1409 -similar al inciso 1 del artículo 1188 Peruano-), Portorriqueño de 1930 (artículo 1096), Italiano de 1942 (artículos 1300, primer párrafo y primera parte, y 1301, primer párrafo y primera parte), Costarricense de 1888 en sus artículos 642 que establece que "la remisión hecha a uno de los deudores libra a los demás, salvo que el acreedor reserve sus derechos contra ellos, y en tal caso, se deducirá de la deuda la parte del deudor a quien se hizo la remisión" y 643, que prescribe que "la compensación sólo puede ser opuesta por el codeudor cuyo crédito la produzca; pero con relación a la parte de tal codeudor en la deuda solidaria, la compensación se opera también en provecho de los otros codeudores, y cualquiera puede válidamente oponerla"; Ecuatoriano (artículo 1556, segundo párrafo), Venezolano de 1942 (artículos 1229, 1231 y 1232), Chileno (artículo 1513, segundo párrafo), Boliviano de 1976 (artículo 441), Anteproyecto de Código Civil Boliviano de Angel Ossorio y Gallardo de 1943 (artículo 747), Guatemalteco de 1973 (artículo 1364, primera parte, similar al tenor del artículo 1188 Peruano), Anteproyecto Paraguayo de Luis de Gásperi (artículo 983), Portugués de 1967 (artículos 523 y 524), Español (artículos 1143, segundo párrafo, y 1146), Alemán (artículo 423: Una remisión pactada entre el acreedor y un deudor solidario aprovecha también a los demás deudores, si los que concluyen el contrato quisieron suprimir toda la relación obligatoria.), Etíope (artículo 1902 -similar en su inciso primero al artículo 1188 Peruano-), agregando, sin embargo, que: "el acreedor puede estipular que la condonación se realice únicamente en el interés exclusivo de uno de sus codeudores. Los otros codeudores, en este caso, no pueden más que valerse en la medida donde la deuda quedó a cargo de ese co-deudor"; Suizo (artículo 147 -que contempla más detalladamente que los deudores solidarios respecto de los cuales el pago o la compensación extinguen parcial o totalmente, liberan a los otros hasta la concurrencia de la parte extinguida. Si uno de los deudores solidarios es liberado sin que la deuda haya sido pagada, su liberación no beneficia a los otros más que es la medida indicada por las circunstancias o la naturaleza de la obligación-); Helénico (artículo 483), Proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones y Contratos de 1927 (artículo 139, inciso 3), y el Código Civil de la República de China de 1930 (artículo 274).

El artículo 484 del Código Helénico señala que la condonación de la deuda realizada en favor de uno de los deudores no tiene efectos frente a los otros, si ella fue así estipulada. El plazo acordado a uno de los deudores recibe la misma solución; y el artículo 170 del Código Civil Egipcio prescribe que "La condonación de la deuda no se puede oponer más que por la parte en que aquella fue hecha, a menos que la condonación no sea absoluta, lo cual no se presume."

En adición, el artículo 1903 del Código Civil Etíope precisa en su segundo numeral que la novación no se aplica más que a la parte de un codeudor, cuando el acreedor así lo ha estipulado.

Además, el artículo 1904 del Código Etíope establece de diverso modo a lo preceptuado por el artículo 1188 de nuestro Código Civil, al disponer que: "Si uno de los acreedores deviene en acreedor común, sus codeudores no pueden valerse de la compensación más que en la medida en la que la deuda debe definitivamente quedar a cargo del deudor con el que se produjo la compensación."

El Proyecto de Código Civil Colombiano (artículo 435) agrega que el pago hecho por un deudor solidario aprovecha a los demás deudores. Lo mismo vale en relación con otro medio de pago, como la novación, la dación en pago o la consignación. Pero un deudor solidario no puede compensar el crédito de uno de los codeudores contra el acreedor, si el deudor no le ha cedido su derecho. La remisión pactada entre el acreedor y un deudor

solidario aprovecha a los demás deudores en relación con la parte de la obligación que se quiso extinguir.

Por su parte, el Código Civil Boliviano de 1976 señala (artículo 442) lo siguiente: (I) La transacción hecha por uno de los codeudores o uno de los acreedores no produce efectos con relación a los otros deudores o acreedores, respectivamente, si no declaran estos querer aprovecharse de ella.- (II) La misma regla se aplica a la sentencia.- Los otros deudores y los otros acreedores pueden oponerla, excepto si se funda sobre razones personales del codeudor que la obtuvo, o si hay excepciones personales del deudor común contra alguno o algunos de los acreedores.

El Código Civil Argentino (artículo 699) establece que la obligación mancomunada es solidaria, cuando la totalidad del objeto de ella puede, en virtud del título constitutivo o de una disposición de la ley, ser demandada por cualquiera de los acreedores o a cualquiera de los deudores.

Por otra parte, el Código Argentino contiene una norma (artículo 853) que -aunque ubicada en lo relativo a la transacción- tiene directa relación con este punto. Ella establece que la transacción hecha con uno de los deudores solidarios aprovecha a los otros, pero no puede serles opuesta; y recíprocamente, la transacción concluida con uno de los acreedores solidarios puede ser invocada por los otros, mas no serles opuesta sino por su parte en el crédito.

Adicionalmente, podemos mencionar que el Código Civil Egipcio (artículo 167) establece que cualquiera de los deudores solidarios no puede por sus actos aumentar la obligación de los demás. Este Código contiene, además, una norma especial (artículo 175), según la cual el acreedor puede tomar posesión de un bien de propiedad de su deudor, el que le debió ser entregado y sobre el cual ningún tercero ha adquirido un derecho real.

– Análisis.

El artículo 1188 del Código Civil Peruano plantea numerosos supuestos de actos susceptibles de celebrarse entre el acreedor y uno de los deudores solidarios, respecto de la totalidad de la obligación, y las consecuencias que dichos actos acarrearían sobre los demás codeudores de la obligación, con respecto al deudor que los practicó. A decir de Alterini, Ameal y López Cabana[1], 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 bajo comentario. 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). En expresiones de Giorgi[2], 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; opina 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 obliga-

(1) ALTERINI, Atilio Aníbal, AMEAL, Oscar José y LOPEZ CABANA, Roberto M. Op. cit., Tomo II, Páginas 218 y 219.
(2) GIORGI, Giorgio. Op. cit., Volumen I, Páginas 151, 152 y 153.

ción, 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 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[3] 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[4] 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 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 soles, sino un automóvil Mercedes Benz (que vale 75,000 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 soles cada uno) o por la proporción que les habría correspondido en la nueva obligación, vale decir, por un monto de 25,000 soles cada uno. En este caso, evidentemente, preferirán entregar a su codeudor que efectúo dicha novación, la cantidad de 20,000 soles cada uno, correspondiente a su parte en la obligación originaria, por ser menor al valor de los 25,000 soles que correspondería a cada uno en la nueva obligación.

El segundo supuesto del artículo 1188 es el de la compensación (inciso segundo). Por la compensación se extinguen las obligaciones recíprocas, líquidas, exigibles y de prestaciones

(3) COLMO, Alfredo. Op. cit., Página 333.
(4) BORDA, Guillermo A. Op. cit., Tomo I, Páginas 636 y siguientes.

fungibles y hómogeneas, 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[5] 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 quito 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 haya 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

(5) POTHIER, Robert Joseph. Op. cit., Páginas 224 y 225.

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[6] 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 Napoléon 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 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, Rodiére, Marcadé y Larombiére, 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

(6) GIORGI, Giorgio. Op. cit., Volumen I, Páginas 153 y 154.

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[7] recuerda que bajo la influencia de las observaciones del Tribunado, 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 significaba 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 Tribunado 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 Tribunado, y sostengan otros, con Domat y Pothier, que, pudiendo el prevenido oponerla por la parte que en definitiva debe soportar en la deuda común 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

(7) DE GASPERI, Luis. Op. cit., Tomo II, Páginas 90 y 91.

codeudores con el acreedor común; y que dicha compensación de la deuda que ascendía a 60,000 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 soles. En este caso, los codeudores que no practicaron el acto de la compensación, simplemente no responderán por nada frente al acreedor común, ya que luego de efectuada la compensación, ésta ha sido total (por el íntegro de ambas deudas), pero deberán restituir sus partes a quien opuso la compensación.

En cambio, en una obligación solidaria, si la compensación no hubiese sido por el total, sino que el acreedor común -en otra hipótesis- debiese a los mismos codeudores la suma de 54,000 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 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 soles, sino sólo 2,000 soles, pues éste será el resultado de la obligación reducida, quedando obligados, sin embargo, a mérito de la solidaridad, por 6,000 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 Doménico Barbero[8], la remisión a favor de un 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.

(8) BARBERO, Doménico. Op. cit., Tomo III, Página 322.

Según Giorgi[9], 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 se condonó la deuda; pues al repetir estos últimos contra el codeudor solidario, favorecido por la remisión, para reembolsarse de la parte correspondiente, haría 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 mil doscientos, 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 doscientos o por la porción viril de cuatrocientos; 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 resolutiva 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, por último, 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[10] anota

(9) GIORGI, Giorgio. Op. cit., Volumen I, Páginas 150 y 151.
(10) GIORGI, Giorgio. Op. cit., Volumen I, Página 155.

que el Derecho Romano no determinó los efectos de la transacción con relación a la solidaridad; precisa, sin embargo, que en el Derecho moderno no cabe duda, y lo enseñan casi todos los tratadistas, acerca de que una transacción onerosa estipulada por la deuda entera entre el acreedor y un deudor solidario, no puede nunca recaer en perjuicio de los codeudores; en tanto que, por el contrario, una transacción integral beneficiosa puede resultar en favor de estos últimos, con tal que quieran aprovecharse de ella.

En el ejemplo que estamos utilizando para efectos del análisis del artículo 1188, bajo comentario, 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 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 -bajo comentario-. 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 soles.

Luego, por considerar que la obligación mencionada tiene el carácter de dudosa o litigiosa, D1 y D2 transigen por 5,000 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 ése fue el resultado del juicio.

Sin embargo, el razonamiento anterior podría ser combatido aduciéndose que esta situación propiciaría la comisión de fraudes entre el acreedor común y los codeudores que transigieron con él; en cuyo caso D3 sí tendría derecho a plantear acciones de restitución.

No obstante ello, opinamos que el razonamiento más adecuado sería el de considerar que si D3 perdiese el juicio frente al acreedor común, debería ser obligado únicamente al pago de su parte (en dinero), lo que equivale a decir, dentro del ejemplo, 10,000 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, bajo comentario.

A pesar de ser una figura que en los tiempos modernos ha caído en desuso, resulta de interés anotar la opinión de Giorgi[11] 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[12] 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 con 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.

(11) GIORGI, Giorgio. Op. cit., Volumen I, Página 156.
(12) DE GASPERI, Luis. Op. cit., Tomo II, Página 97.

Para finalizar los comentarios del artículo 1188, 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 de lo dispuesto por el artículo 1181, segundo párrafo, del Código Civil.

Y si la obligación fuese divisible y solidaria o indivisible y mancomunada, será aplicable la norma del artículo 1188, directamente en el primer caso y por remisión del artículo 1181, primer párrafo, en el segundo.

– *Jurisprudencia peruana del artículo 1188.*

Sobre este punto, tenemos la siguiente Ejecutoria Suprema:

"La solidaridad de deudores se extingue a mérito de lo dispuesto en el artículo 1216 del Código Civil.

Es de nulidad insalvable el protesto de una letra de cambio con infracción del inciso 2 del artículo 592 del Código de Comercio." Ejecutoria del 4 de enero de 1965. "El Peruano", Número 7145, 8 de marzo de 1965. (Artículo 1216 del Código Civil de 1936).

– *Concordancias nacionales.*

Reglas aplicables a las obligaciones indivisibles y mancomunadas y a las obligaciones indivisibles y solidarias, artículo 1181 del Código Civil / Novación, artículo 1277 del Código Civil / Compensación, artículo 1288 del Código Civil / Condonación, artículo 1295 del Código Civil / Transacción, artículo 1302 del Código Civil.

OBLIGACIONES INDIVISIBLES	OBLIGACIONES SOLIDARIAS
(13) LIBERACION PARCIAL DE LOS CODEUDORES.	
Es inaplicable por la naturaleza misma de la indivisibilidad.	**Artículo 1189**.- *"Si los actos señalados en el primer párrafo del artículo 1188 se hubieran limitado a la parte de uno solo de los deudores, los otros no quedan liberados sino en cuanto a dicha parte."*

– Fuentes nacionales del artículo 1189.

Este artículo no registra antecedentes en el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836*; así como tampoco en el *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836;* ni en el *Código Civil de 1852.*

Es tratado, en cambio, por el *Proyecto de Código Civil de 1890,* en su artículo 3031: "La transacción celebrada con un deudor solidario aprovecha a los otros, pero no puede serles opuesta; y recíprocamente, la transacción con un acreedor solidario, puede ser invocada por los otros, mas no serles opuesta, sino por su parte en el crédito."

El tema no es regulado por el *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925*; por el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926;* por el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936;* ni por el *Código Civil de 1936.*

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973*, trata la materia en varios preceptos, los artículos 60: "La novación entre el acreedor y uno de los deudores solidarios libera a los otros deudores. Pero cuando se haya querido limitar la novación a uno solo de los deudores, los otros no quedan liberados más que en cuanto a la parte de este último.- Si ha sido convenida entre uno de los acreedores solidarios y el deudor, la novación tiene efecto frente a los otros acreedores sólo en cuanto a la parte del primero."; 61: "La remisión a favor de uno de los deudores solidarios libera también a los otros deudores, salvo que el acreedor haya reservado su derecho frente a los otros, caso en el cual el acreedor no puede exigir el crédito de éstos, si no detrae la parte del deudor a favor del cual ha consentido la remisión.- Si la remisión se hace por uno de los acreedores solidarios, la misma libera al deudor frente a los otros acreedores sólo en cuanto a la parte correspondiente al primero."; 62: "La compensación entre el acreedor y uno de los deudores solidarios libera a los otros deudores.- Si es hecha entre uno de los acreedores solidarios y el deudor, la compensación tiene efecto frente a los otros acreedores sólo en cuanto a la parte del primero.- Cada uno de los deudores solidarios puede oponer en compensación el crédito de un codeudor sólo hasta la concurrencia de la parte de este último.- A uno de los acreedores solidarios el deudor le puede oponer en compensación lo que se le debe por otro de los acreedores, pero sólo en cuanto a la parte de éste."; y 64: "La transacción hecha por el acreedor con uno de los deudores solidarios no produce efecto respecto de los otros, si éstos no declaran querer aprovecharse de ella.- Igualmente, si ha tenido lugar entre uno de los acreedores solidarios y el deudor, la transacción no tiene efecto frente a los otros acreedores, si éstos no declaran querer aprovecharse de ella."

Por su parte, el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980*, reguló el tema en el artículo 68: "Si los actos señalados en el primer párrafo del artículo anterior se hubieran limitado a la parte de uno solo de los deudores, los otros no quedarán liberados sino en cuanto a dicha parte."; mientras que el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981,* lo hizo en el numeral 1210: "Si los actos señalados en el primer párrafo del artículo anterior se hubieran limitado a la parte de uno solo de los deudores, los otros no quedarán liberados sino en cuanto a dicha parte."; y, finalmente, el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984*, trató sobre el particular en el artículo 1157: "Si los actos señalados en el primer párrafo del artículo 1156 se hubieran limitado a la parte de uno solo de los deudores, los otros no quedan liberados sino en cuanto a dicha parte."

– *Fuentes y concordancias extranjeras.*

Coinciden con el artículo 1189 del Código Civil Peruano, entre otros, el Código Civil Boliviano de 1976 (artículo 441), el Código Civil de la Provincia de Québec (artículo 1101), el Italiano de 1942 (artículos 1300, primer párrafo, segunda parte, 1301, primer párrafo, segunda parte, y 1302 -estableciendo este último precepto que "cada uno de los deudores solidarios puede oponer en compensación el crédito de un codeudor sólo hasta la concurrencia de la parte de éste último. A uno de los acreedores solidarios el deudor les puede oponer en compensación lo que se le debe por otro de los acreedores, pero sólo en cuanto a la parte de éste"-); y el Proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones y Contratos de 1927 (artículo 152), cuando señala que: "El deudor no puede oponer a uno de los acreedores solidarios la compensación que otro de ellos le otorgó más que por la parte compensada."

Asimismo, el artículo 155 del citado Proyecto establece que la novación hecha entre uno de los acreedores y el deudor común no tiene efecto alguno en relación a los otros acreedores.

– ***Análisis.***

El supuesto del artículo 1189 del Código Civil Peruano es que se realice alguno de los actos señalados en el primer párrafo del artículo 1188, entre uno de los codeudores solidarios y el acreedor común de los mismos, 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.

En tal sentido, el artículo 1189 contempla los casos 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[1] 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, si se tratase de un caso de novación, y siguiendo el ejemplo con el que hemos ilustrado nuestros comentarios al artículo anterior, que si uno de los codeudores novase su parte en la obligación con el acreedor común, y -supongamos-, ya no deba 20,000 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 expresar que los otros dos codeudores (quienes no formaron parte del pacto), ya no deberán solidariamente 60,000 soles, sino sólo la suma de 40,000 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.

(1) GIORGI, Giorgio. Op. cit., Volumen I, Página 152.

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 soles, y ya no los 60,000 soles originales.

En consecuencia, cuando la compensación opera sólo respecto de uno de los codeudores solidarios, por ser el único que mantiene una acreencia con el acreedor común, dicho codeudor se libera por su parte, a mérito de la compensación; el crédito del acreedor se ve reducido por la parte que compensó; los otros codeudores 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 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 soles correspondientes al codeudor que negoció con el acreedor, los otros dos codeudores ya no deberán los 60,000 soles originarios, sino el monto resultante de la resta de esos 60,000 soles de los 20,000 soles condonados, vale decir, 40,000 soles, tal como ocurre en los supuestos anteriores.

A entender de Raymundo M. Salvat[2], 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**

(2) SALVAT, Raymundo M. Op. cit., Tomo II, Páginas 129 y 130.

alios acta, y, por consiguiente, no puede agravar su situación ni serles 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[3] 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 hiciere esto perdería el deudor lo conseguido por la transacción, desde el momento en que los otros codeudores recurriesen contra él.

El Código Civil Peruano de 1984, en su artículo 1189, contempla el supuesto a que alude Giorgi, resolviendo el tema afirmativamente. De este modo, si se tratase de una transacción entre uno de los codeudores y el acreedor común, sobre la porción de la deuda de aquél, ocurrirá lo mismo que en los tres ejemplos anteriores, vale decir, que el deudor que negoció solamente deberá el resultado de su transacción con el acreedor, mientras que los otros codeudores deberán solidariamente 40,000 soles.

Adicionalmente, podría decirse que el deudor que practicó los actos a que se refiere el artículo 1189 -bajo comentario- 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 o la transacción.

(3) GIORGI, Giorgio. Op. cit., Volumen I, Página 155.

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, bajo comentario, 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 precepto bajo análisis, 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 sería inaplicable, por la naturaleza de la indivisibilidad.

Esto a pesar de 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, tal como fue dicho por nosotros al efectuar el análisis del segundo párrafo del artículo 1181. Por otra parte, si la obligación fuese

divisible y solidaria sería de aplicación, desde luego, el artículo 1189.

– Concordancias nacionales.

Novación, compensación, condonación o transacción entre el acreedor y uno de los codeudores solidarios, artículo 1188 del Código Civil / Indivisibilidad del pago, artículo 1221 del Código Civil.

OBLIGACIONES INDIVISIBLES	OBLIGACIONES SOLIDARIAS
(14) EXCEPCIONES PASIBLES DE SER OPUESTAS.	
Se aplica a las obligaciones indivisibles el artículo 1192, en virtud de lo dispuesto por el artículo 1181 del Código Civil.	**Artículo 1192.**- *"A cada uno de los acreedores o deudores solidarios sólo pueden oponérseles las excepciones que les son personales y las comunes a todos los acreedores o deudores."*

– Fuentes nacionales del artículo 1192.

Este artículo no registra antecedentes en el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836.*

En cambio, sí regula el tema el *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836*, en su artículo 802: "El coobligado **in solidum**, demandado por el acreedor, puede oponer todas las excepciones que resulten de la naturaleza de la obligación, y todas las que le sean personales, así como las que sean comunes a todos los coobligados; mas no puede oponer las que sean puramente personales a algunos de los otros coobligados."

El *Código Civil de 1852* no trata el particular.

El *Proyecto de Código Civil de 1890* aborda el tema en su artículo 1557: "Cada deudor tiene derecho para oponer a la acción del acreedor las excepciones que son comunes a todos los codeudores personales, pero no las personales de los demás deudores solidarios."; en tanto que el *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925,* lo hacía en el numeral 175: "El codeudor solidario demandado para el pago puede oponer al acreedor las excepciones que le fueren personales y las que tengan el carácter de comunes. Las excepciones personales y la cosa juzgada basada en tales excepciones, no aprovecharán a los otros codeudores."; el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926,* en el artículo 166: "El codeudor solidario demandado para el pago puede oponer al acreedor las excepciones que le fueren personales y las que tengan el carácter de comunes. Las excepciones personales y la cosa juzgada basada en tales excepciones, no aprovecharán a los otros codeudores."; el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936*, en el artículo 1208: "El codeudor solidario demandado para el pago puede oponer al acreedor las excepciones que le fuesen personales y las que tengan el carácter de comunes. Las excepciones personales y la cosa juzgada basada en tales excepciones, no aprovecharán a los otros codeudores."; y el *Código Civil de 1936*, en el numeral 1218: "El codeudor solidario demandado para el pago puede oponer al acreedor las excepciones que le fuesen personales y las que tengan el carácter de comunes. Las excepciones personales y la cosa juzgada basada en ellas, no aprovecharán a los otros codeudores."

Ya dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973,* trata el punto en su artículo 57: "Ninguno de los deudores solidarios puede oponer al acreedor las excepciones personales correspondientes a los otros deudores.- A ninguno de los acreedores solidarios puede el deudor oponer las excepciones que correspondan personalmente a los otros acreedores."; en tanto el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980,* lo hacía en su artículo 71: "A cada uno de los acreedores o deudores solidarios sólo pueden

oponérsele las excepciones que le son personales y las comunes a todos los acreedores o deudores."; el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981,* en el numeral 1213: "A cada uno de los acreedores o deudores solidarios sólo pueden oponérsele las excepciones que le son personales y las comunes a todos los acreedores o deudores."; y, finalmente, el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984,* en el artículo 1160: "A cada uno de los acreedores o deudores solidarios sólo pueden oponérsele las excepciones que le son personales y las comunes a todos los acreedores o deudores."

– Fuentes y concordancias extranjeras.

Coinciden con el artículo 1192 del Código Civil Peruano, entre otros, los Códigos Civiles Mexicano (artículos 1995 y 1996 -sólo reconocen el caso del deudor solidario-), estableciendo este último el precepto de que "el deudor solidario es responsable para con sus coobligados si no hace valer las excepciones que son comunes a todos"; Francés (artículo 1208 -sólo reconoce el caso del deudor solidario-, que en su segundo párrafo establece que "no puede oponerle las excepciones que sean puramente personales de algunos de los demás codeudores"); Uruguayo (artículo 1399), Ecuatoriano (artículo 1563), Venezolano de 1942 (artículo 1224), Venezolano de 1880 (artículo 1138), Boliviano de 1976 (artículo 438), Anteproyecto de Código Civil Boliviano de Angel Ossorio y Gallardo de 1943 (artículo 752), Portugués de 1967 (artículo 525), Brasileño (artículo 911), Anteproyecto Paraguayo de Luis de Gásperi (artículo 991), Proyecto de Código Civil Brasileño de 1975 (artículos 271 y 278), Argentino (artículo 715), Egipcio (artículo 168), Proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones y Contratos de 1927 (artículo 131) y Suizo (artículo 145).

El Código Civil Argentino (artículo 703) prescribe que aunque uno de los acreedores fuese incapaz de adquirir el derecho o contraer la obligación, ésta no dejará de ser solidaria para los otros. La incapacidad sólo puede ser opuesta por el acreedor o deudor incapaz.

El Código Civil Guatemalteco de 1973 (artículo 1360, primer párrafo) sólo reconoce tal posibilidad al deudor solidario y no al acreedor, como lo hace nuestro Código.

Por su parte, el Código Civil Etíope (artículo 1900) señala que todo deudor puede oponer a su acreedor las excepciones fundadas en la nulidad de la obligación. Sin embargo, la nulidad de la obligación por un vicio del consentimiento o incapacidad del deudor, no puede ser invocada sino por el deudor cuya voluntad fue viciada o fue incapaz.

– Análisis.

El artículo 1192 del Código Civil Peruano de 1984 tiene su antecedente legislativo más cercano en el numeral 1218 del Código Civil de 1936.

En el Derecho Procesal se hace una distinción entre defensas y excepciones. Las primeras están destinadas a discutir el fondo del derecho invocado por el demandante, por ejemplo, los vicios de la voluntad, el haber pagado, etc. Las segundas, o sea las excepciones, se relacionan no con el derecho de fondo del demandante, sino con alguna cuestión de forma o de carácter previo; por ejemplo, la excepción de pleito pendiente.

Al hablar de excepciones, es evidente que la norma ha tomado esta palabra no en su sentido técnico, sino en el sentido de defensa o de medios de defensa de los cuales pueden valerse los codeudores solidarios para controvertir el derecho del acreedor. Así se explica que la ley hable de excepciones comunes a todos los deudores y de excepciones propias de cada uno de ellos[1].

(1) Coincide nuestra opinión con la del maestro José León Barandiarán (LEON BARANDIARAN, José. Op. cit., Tomo II, Páginas 158 a 160.):
"Precisa distinguir dos clases de excepciones: las comunes, derivadas del vínculo, y las personales, concernientes a un deudor. El deudor demandado puede oponer al acreedor las excepciones de la primera clase, y las de la segunda clase sólo cuando le son propias; no puede oponer las excepciones personales, que son propias a otro deudor.
El término excepciones, en el caso del artículo 1218 (se refiere al Código Civil de 1936) tiene un significado amplio, comprensivo de todo medio de defensa; no un sentido restringido, en el sentido técnico de la palabra.
Son excepciones comunes, por ejemplo, la falta o ilegitimidad del objeto, el vicio de consentimiento de parte de todos los deudores, la lesión, la nulidad absoluta. Igualmente asumen tal carácter, el pago, la remisión, la novación, la prescripción. Estas excepciones pueden tener su origen coetáneamente a la formación del vínculo o posteriormente. De los ejemplos antes indicados, las citadas primeramente son excepciones originarias; las citadas después son excepciones ulteriores. A las primeras se les suele llamar intrínsecas, reservándose ordinariamente el nombre de comunes para las segundas. La distinción de unas y otras carece de utilidad práctica, pues sus efectos son idénticos, y por eso el artículo 1218 las engloba dentro de la denominación de comunes.
Son excepciones personales, por ejemplo, los vicios de la voluntad de un deudor determinado; su incapacidad para obligarse en general; las nulidades relativas; y el plazo o la condición estipulados en beneficio de un deudor.
Son excepciones comunes las que afectan al vínculo en sí mismo (nulidad, imposibilidad fortuita de la prestación, pago efectuado por algún deudor, las operaciones jurídicas indicadas en los artículos 1216 y 1299 de nuestro Código -se refiere al Código Civil de 1936-) en cuanto comportan un régimen de correalidad, esto es, la novación, la remisión, la compensación, y también es excepción oponible por cualquier promitente la prescripción extintiva.
El artículo 145 del Código suizo concede al deudor no únicamente la facultad, sino también le impone el deber, de oponer al acreedor una excepción común existente, bajo responsabilidad de responder ante los codeudores en caso de no hacerlo. Ello deriva de la situación misma de solidaridad entre los codeudores: ninguno de ellos debe por su negligencia o colusión con el acreedor, dejar que prospere una acción destruíble, que repercutirá contra todos los deudores."

Estos conceptos son compartidos por Giorgi[2], cuando señala que la palabra "excepciones" se usa, no ya en el sentido propio del procedimiento, sino en otro más amplio, significando, generalmente, medios de defensa, comprendiendo también las acciones mediante las cuales el deudor solidario tiende a destruir el derecho del acreedor. A este respecto, De Gásperi[3], fundándose en

(2) GIORGI, Giorgio. Op. cit., Volumen I, Páginas 145 a 148.
(3) DE GASPERI, Luis. Op. cit., Tomo II, Páginas 118 y siguientes.

una advertencia de Marcel Planiol, precisa que no se trata aquí de simples "excepciones dilatorias", sino de "excepciones perentorias", verdaderos "medios de defensa de fondo"; añade que el término "excepciones" no tiene en este tema el sentido técnico que le atribuye el Derecho Procesal, sino el de "defensa" propiamente dicha, o el de cualquier medio por el cual pueden los codeudores repeler la acción del acreedor. Eduardo B. Busso[4] concuerda con estos conceptos. Raymundo M. Salvat[5] también señala que en el Derecho Procesal se hace una distinción entre "defensas" y "excepciones", donde las primeras tienden a discutir el fondo del derecho invocado por el demandante, en tanto las segundas se relacionan, no con el derecho del actor, considerado en sí mismo, sino con alguna cuestión de forma, o de carácter previo; pero que al hablarse dentro del tema que estamos abordando, de "excepciones", se ha tomado esta palabra, no en su sentido técnico, sino en el sentido de "defensas" o "medios de defensas", de los cuales los deudores solidarios pueden valerse para controvertir el derecho del acreedor.

Las excepciones comunes, también llamadas reales, son aquellas que pueden ser invocadas y opuestas al acreedor por todos los codeudores solidarios. Así, tendrían esta condición las causas de nulidad que afectan la obligación respecto a todos; por ejemplo, el objeto ilícito de la obligación, el objeto imposible, la inobservancia de la forma en los actos jurídicos solemnes, etc. Giorgi[6] habla de estas excepciones como propias de las obligaciones contractuales, por los vicios que afectan al objeto de la obligación, es decir, no sólo por la lesión en todos los casos en que constituya un medio utilizable por alguno de los contratantes. Así, a decir de Giorgi, si la obligación se anula a instancia de uno de los deudores solidarios por falta de legitimidad del objeto, si se rescinde por lesión, la nulidad o la rescisión favorece a todos los codeudores; lo que ocurrirá, a entender del profesor italiano, por la sencilla razón de que la unidad del objeto es requisito esencial

(4) BUSSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo IV, Página 159.
(5) SALVAT, Raymundo M. Op. cit., Tomo II, Páginas 104 y 105.
(6) GIORGI, Giorgio. Op. cit., Volumen I, Páginas 145 y 146.

de la obligación solidaria, y, por ende, el vicio del objeto afecta a todos los codeudores, y debe servir de fundamento a una excepción **in rem** o común, resultando imposible demostrar lo contrario. Precisa Giorgi que afines a esta especie de vicios son, como enseña Rodiére, todas las excepciones que en los contratos bilaterales derivan del cumplimiento imperfecto de los demás contratantes; lo que implica que todo comprador solidario puede deducir, para liberarse del pago del precio, la evicción futura o acaecida; todo permutante solidario puede eximirse de la entrega oponiendo al otro contratante la falta de propiedad de la cosa permutada; todo arrendatario solidario puede eximirse del pago de la renta, deduciendo la falta de entrega de la cosa arrendada.

Las excepciones personales, derivadas de la pluralidad de vínculos, son aquellas que pertenecen a uno o algunos de los codeudores solidarios, pero no a todos. Entran en esta segunda categoría, por ejemplo, las causas de nulidad que sólo existen con relación a uno o a algunos de los deudores solidarios: si ha habido error, dolo o violencia respecto a uno de los codeudores, pero no con relación a los otros, o la incapacidad de alguno de los codeudores. En esta clase de excepciones comprende Giorgi[7] a los vicios de la causa y del consentimiento. En tal sentido, señala que la causa de obligarse puede, ciertamente, ser una sola para todos los deudores solidarios, pero pueden ser también varias para cada uno; agrega que en el primer caso, el defecto o vicio de la causa supondrá una excepción común, mientras que en el segundo, una excepción personal del deudor, cuya causa de obligarse faltó o fue viciosa. Señala Giorgi, con respecto al consentimiento, que bien claro está que cada deudor, al obligarse, ha prestado su asentimiento propio; de lo que sigue que, por consiguiente, el vicio de la voluntad no puede, casi nunca, determinar una excepción común. Por esto considera que sería verdaderamente extraño que todos los deudores hubieren sido víctimas del mismo error, del mismo engaño, de la misma violencia; de donde extrae la pregunta de qué efecto producirá respecto a los demás deudores, lo que equivale a decir, si esta nulidad favorecerá a los

(7) GIORGI, Giorgio. Op. cit., Volumen I, Páginas 146 y 147.

codeudores, al menos en la parte del deudor que queda exento. Opina Giorgi que sería inútil consultar el Derecho Romano, porque el texto no resuelve la duda, pues sólo los eruditos, con mucho fundamento, conjeturaron que la **restitutio in integrum** obtenida por un correo no favorecería a los otros **correi debendi**. Según el civilista italiano citado, en el Derecho moderno las opiniones de los autores no están acordes, y la jurisprudencia calla; admitiendo la opinión de Demolombe, y la de Lewandowsky, y responde afirmativamente, si los codeudores, en el acto de obligarse, no conocían el vicio que manchaba la causa o corrompía el consentimiento del acreedor, y negativamente, si lo conocían. De este modo -a decir de Giorgi-, en el primer caso les asistirá también recurso contra el deudor liberado, mientras que en el segundo no podrán, racionalmente, contar con él; razón por la cual, precisamente, en tanto Demolombe restringe la opinión afirmativa al solo caso de haber sido deducida la excepción del vicio de la obligación por el deudor que podía ejercitarla, Giorgi, al contrario, considera más justo extenderla también al caso en que tal excepción no se haya aún deducido, si bien se haya descubierto ya el vicio que le sirve de fundamento.

Giorgi[8] hace alusión a la capacidad de obligarse, la misma que también puede dar lugar a una excepción puramente personal a favor del deudor incapaz. En tal sentido, señala que atendido que el estado de las personas es fácilmente conocido por todos, y la incapacidad de un deudor no puede ignorarse por los demás, cree que las excepciones fundadas en la incapacidad no pueden favorecer a los codeudores, ni aun por la parte del deudor cuya obligación se haya anulado. Recuerda el citado profesor italiano que pretenden algunos, erróneamente, que la incapacidad del acreedor constituye siempre una excepción común a todos los deudores, puesto que la incapacidad no da lugar, la mayoría de las veces, a una nulidad absoluta, sino a una relativa y limitada a la persona del incapaz, en cuyo caso ninguno de los deudores solidarios podría deducir la incapacidad del acreedor. Señala Giorgi que semejante incapacidad, como lo advierte con acierto Rodiére,

(8) GIORGI, Giorgio. Op. cit., Volumen I, Páginas 147 y 148.

puede dar lugar a una excepción común sólo en el caso de ser absoluta, es decir, cuando reconozca por causa una prohibición legal dictada en interés público, o en el de todos los deudores solidarios que figuren en la obligación.

Por último, Giorgi[9] expresa que puramente personales del deudor que goce de ellas, y no comunes a los demás codeudores, ni aun a la parte a cargo del primero, son también las excepciones fundadas en la condición o el plazo, cuando una u otro se estipularon en beneficio de un deudor solidario al principio de la obligación. Pero agrega el autor citado que si, por el contrario, después de haber estipulado una obligación pura para con todos los deudores solidarios, el acreedor concede a uno de ellos una condición o un término sin el consentimiento de los demás, estos últimos podrán aprovecharse de tal circunstancia, en lo equivalente a la parte correspondiente al deudor favorecido por la condición o el término; y añade que, de no ser así, el deudor a quien se concedió la condición o el término perdería el beneficio de éstos, por efecto de la acción que contra él ejercitarían los demás coobligados, constreñidos a pagar antes del cumplimiento de la condición o de sobrevenir el plazo.

Recuerda De Gásperi[10] que distinguen algunos civilistas franceses a las excepciones personales de las "puramente personales", por la extensión de sus efectos. Así, a entender del autor paraguayo, llaman ellos "personales" a la remisión de la deuda o de la solidaridad consentida sólo a favor de uno o de varios de los deudores solidarios y a la confusión; por lo que caracterizaría a éstas la circunstancia de que, no obstante su subjetividad, benefician en cierta medida a los demás, porque demandados éstos por el todo, pueden, al hacer el pago, deducir la cuota correspondiente al dispensado de la solidaridad o a la del deudor en quien se operó la confusión; recuerda De Gásperi que la confusión -que el Código Peruano denomina consolidación- y la remisión de la deuda -que el mismo Código denomina condonación- son causas

(9) GIORGI, Giorgio. Op. cit., Volumen I, Páginas 147 y 148.
(10) DE GASPERI, Luis. Op. cit., Tomo II, Páginas 119 y 120.

de extinción parcial de la obligación. Agrega el citado autor que ese grupo de civilistas franceses dan el nombre de "puramente personales" a las excepciones fundadas en las distintas modalidades, como el plazo, la condición y el lugar del pago, bajo las cuales cada codeudor puede obligarse, así como a las causas de anulabilidad del acto jurídico, como los vicios de error, dolo y violencia, los cuales no benefician a los otros codeudores, porque, aunque disminuido por consecuencia de ellos el número de deudores llamado a soportar el peso de la obligación, deben los otros pagar el todo.

Precisa De Gásperi que Aubry y Rau juzgan que esta distinción es contraria al principio esencial de la solidaridad, en virtud del cual cada obligado debe al acreedor la totalidad de la deuda, cualquiera sea el resultado de su recurso ulterior contra sus codeudores. Así, si en vez de demandar el acreedor al codeudor munido de una excepción personal, demandase a otro que fuese extraño a esta excepción, no podría éste invocarla, ni por el todo, ni por la parte del titular de ella; anota De Gásperi que tal es, por lo demás, el parecer de Laurent. El mencionado profesor paraguayo recuerda que infieren de aquí Aubry y Rau la conclusión de que, opuesta una excepción personal por el codeudor munido de ella, no pueden los otros codeudores invocarla para librarse de la parte de deuda que a aquél corresponde. Sin embargo, Demolombe, siguiendo a Rodiére, estima que la solución de la cuestión debe subordinarse a la interpretación de la voluntad de las partes, y que así debe distinguirse según que los otros deudores hayan o no contado con un recurso útil contra su codeudor, para el caso de que ellos fuesen obligados a pagar la totalidad de la deuda.

El artículo 1192 del Código Civil Peruano tiene como función especificar cuál es el régimen de las excepciones respecto del tema de la solidaridad.

El sentido del Código es que, en materia de excepciones, sólo podrán ser interpuestas a cada uno de los codeudores o coacreedores solidarios aquéllas que les son personales, entendidas como las que les afectan directamente, y no respecto de sus

demás codeudores o coacreedores. Dentro de este mismo razonamiento, le podrán ser interpuestas aquellas excepciones que lo afecten tanto a él como a sus otros codeudores o coacreedores, denominadas comunes.

Al respecto, consideramos de utilidad citar algunos ejemplos que ilustren el supuesto del artículo 1192. Si uno de los codeudores aduce que el acto jurídico es nulo respecto de él, porque lo celebró siendo un incapaz absoluto, la nulidad no alcanzaría a los demás. Si adujera que es anulable respecto de él, por algún vicio de la voluntad, tampoco alcanzaría a los otros. En cambio, si el codeudor adujese que el acto jurídico celebrado es nulo por defecto de forma, ello sería común, y por lo tanto alcanzaría a todos; y si el juez lo declarara nulo, ello beneficiaría a los demás codeudores, conforme lo establece el artículo 1193.

Los mismos ejemplos mencionados podrían servir para ilustrar el caso de la pluralidad de acreedores.

El problema se presentaría si el deudor tiene éxito en su excepción personal. Evidentemente los demás codeudores solidarios seguirían siendo deudores por el íntegro, pero cabría formularnos la interrogante de si tendrían o no alguna acción contra el liberado, dentro de lo que se denomina "las relaciones internas entre los codeudores". Y el mismo supuesto, pero a la inversa, podría ocurrir entre los coacreedores.

Por nuestra parte, consideramos que en caso de que un codeudor se libere por oponer una excepción que le es personal, habría que distinguir entre si estamos en presencia de una obligación divisible o ante una de carácter indivisible.

Creemos que si estuviésemos en presencia de una obligación divisible, el resto seguiría debiendo el total, pero con deducción de la parte correspondiente a dicho codeudor liberado. En caso de tratarse de una obligación indivisible, tendríamos, a su vez, dos posibilidades. La primera consistiría en que los restantes codeudores, no liberados, siguieran debiendo el íntegro de la prestación original. Se consideraría que cualquier solución que

pase por otorgar alguna acción a los codeudores no liberados contra el que se liberó oponiendo una excepción personal, sería injusta respecto de este último, por la sencilla razón de que la ley lo facultó -dado el vicio de origen existente- para liberarse de la obligación y así lo hizo. Cabe precisar que si se tratase de un contrato de prestaciones recíprocas, los codeudores restantes deberían cumplir con el pago del íntegro de la contraprestación. La segunda posibilidad -aquella en que nosotros creemos- pasa porque el codeudor que opuso excepción personal queda liberado mientras que al otro u otros sólo se les puede reclamar el valor del saldo. Pero como se trata de una prestación indivisible, el acreedor que quisiera cobrarles el íntegro, debería restituirles (en dinero) la porción del liberado por el vicio.

Por último, diremos que si la obligación fuese indivisible y solidaria, no habría problema alguno, ya que regiría el artículo 1192, aplicable a los casos de solidaridad e indivisibilidad. Y si la obligación fuese divisible y solidaria, también se aplicarían los principios de la solidaridad previstos por el artículo 1192.

– Concordancias nacionales.

Reglas aplicables a las obligaciones indivisibles y mancomunadas y a las obligaciones indivisibles y solidarias, artículo 1181 del Código Civil.

OBLIGACIONES INDIVISIBLES	OBLIGACIONES SOLIDARIAS
(15) EFECTOS DE LA SENTENCIA.	
Se aplica a las obligaciones indivisibles el artículo 1193, en virtud de lo dispuesto por el artículo 1181 de Código Civil.	**Artículo 1193.**- "*La sentencia pronunciada en el juicio seguido entre el acreedor y uno de los deudores solidarios, o entre el deudor y uno de los acreedores solidarios, no surte efecto contra los demás codeudores o coacreedores, respectivamente.* *Sin embargo, los otros deudores pueden oponerla al acreedor, salvo que se fundamente en las relaciones personales del deudor que litigó. A su turno, los demás acreedores pueden hacerla valer contra el deudor, salvo las excepciones personales que éste pueda oponer a cada uno de ellos.*"

– Fuentes nacionales del artículo 1193.

Este artículo no registra antecedentes en el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836*; en el *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-*

Boliviana de 1836; en el *Código Civil de 1852*; en el *Proyecto de Código Civil de 1890*; en el *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925*; en el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926;* en el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936*; ni en el *Código Civil de 1936.*

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973,* trata sobre el particular en su artículo 65: "La sentencia pronunciada en el juicio seguido entre el acreedor y uno de los deudores solidarios o entre el deudor y uno de los acreedores solidarios, no tiene efecto contra los otros deudores o contra los otros acreedores.- Los otros deudores pueden oponerla al acreedor, salvo que se funde sobre razones personales del codeudor; los otros acreedores pueden hacerla valer contra el deudor, salvo las excepciones personales que éste pueda oponer a cada uno de ellos."

Posteriormente, el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980,* regula el particular en el numeral 72: "La sentencia pronunciada en el juicio seguido entre el acreedor y uno de los deudores solidarios, o entre el deudor y uno de los acreedores solidarios, no surte efecto contra los demás codeudores o coacreedores, respectivamente.- Sin embargo, los otros deudores pueden oponerla al acreedor, salvo que se fundamente en razones personales del deudor que litigó. A su turno, los demás acreedores pueden hacerla valer contra el deudor, salvo las excepciones personales que éste pueda oponer a cada uno de ellos."; en tanto que el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981,* lo hacía en el artículo 1214: "La sentencia pronunciada en el juicio seguido entre el acreedor y uno de los deudores solidarios, o entre el deudor y uno de los acreedores solidarios, no surte efecto contra los demás codeudores o coacreedores, respectivamente.- Sin embargo, los otros deudores pueden oponerla al acreedor, salvo que se fundamente en razones personales del deudor que litigó. A su turno, los demás acreedores pueden hacerla valer contra el deudor, salvo las excepciones personales que éste pueda oponer a cada uno

de ellos."; y, finalmente, el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984,* trataba el tema en su artículo 1161: "La sentencia pronunciada en el juicio seguido entre el acreedor y uno de los deudores solidarios, o entre el deudor y uno de los acreedores solidarios, no surte efecto contra los demás codeudores o coacreedores, respectivamente.- Sin embargo, los otros deudores pueden oponerla al acreedor, salvo que se fundamente en las relaciones personales del deudor que litigó. A su turno, los demás acreedores pueden hacerla valer contra el deudor, salvo las excepciones personales que éste pueda oponer a cada uno de ellos."

– Fuentes y concordancias extranjeras.

Coinciden con el artículo 1193 del Código Civil Peruano, entre otros, los Códigos Civiles Costarricense de 1888 (artículo 673 -similar al primer párrafo del artículo 1193 Peruano-), Italiano de 1942 (artículo 1306), Boliviano de 1976 (artículo 442, inciso 2), Venezolano de 1942 (artículo 1236), Guatemalteco de 1973 (artículo 1363), Anteproyecto Paraguayo de Luis de Gásperi (artículo 990), Proyecto de Código Civil Brasileño de 1975 (artículo 272), Portugués de 1967 (artículo 522), Paraguayo de 1987 (artículos 521 y 522), Argentino (artículo 715, segunda parte: La cosa juzgada recaída en juicio, es invocable por los coacreedores, pero no es oponible a los codeudores que no fueron parte en el juicio. Los codeudores pueden invocar la cosa juzgada contra el acreedor que fue parte en el juicio), y el Proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones y Contratos de 1927 (artículos 144 y 150).

Por su parte, el Código Civil de la República de China de 1930, regulando las obligaciones solidarias, establece en sus artículos 275 y 287, que la sentencia definitiva a favor de uno de los deudores solidarios, fundamentada en hechos no personales, produce igual efecto en beneficio de los demás deudores solidarios.

El Código Civil Boliviano de 1976 (artículo 442) señala lo siguiente: (I) La transacción hecha por uno de los codeudores o uno de los acreedores no produce efectos con relación a los otros

deudores o acreedores, respectivamente, si no declaran estos querer aprovecharse de ella.- (II) La misma regla se aplica a la sentencia.- Los otros deudores y los otros acreedores pueden oponerla, excepto si se funda sobre razones personales del codeudor que la obtuvo, o si hay excepciones personales del deudor común contra alguno o algunos de los acreedores.

– ***Análisis.***

Respecto al artículo 1193 del Código Civil Peruano, resultan ilustrativos los conceptos vertidos por el Doctor José León Barandiarán[1], en relación a su antecesor inmediato, el Código Civil de 1936:

"El Código (se refiere al de 1936) formula su parecer sobre el efecto de la cosa juzgada (artículo 1218, última parte).

Se sabe cómo sobre el particular han discrepado los autores.

Para unos, la cosa juzgada sólo tiene efecto entre el acreedor y el deudor que fueron partes en el juicio respectivo; para los demás deudores es **res inter alios acta**. Para otros doctos, contrariamente, trasciende tal efecto a los demás deudores. Y para una tercera opinión, hay que distinguir según que la sentencia haya sido favorable o adversa al acreedor. En el primer caso la cosa juzgada es **res inter alios acta** para los demás deudores: un segundo deudor podría oponerse a la exigencia del acreedor, y éste no podría invocar la decisión producida. En el segundo caso hay cosa juzgada: un segundo deudor puede oponerse a la nueva demanda del acreedor, invocando la decisión anterior.

Esta última opinión no es perspicaz, pues el radio de consecuencias de la cosa juzgada no se puede determinar sino por la

(1) LEON BARANDIARAN, José. Op. cit., Tomo II, Páginas 159 y 160.

naturaleza de ella en relación a la vinculación de los deudores; nunca por el dato circunstancial de los resultados que acarree.

En cuanto a la segunda opinión, su decisión sólo puede explicarse concibiendo la existencia de una representación recíproca entre los deudores. Ahora bien, tal supuesto es arbitrario, está desprestigiado y como tal no debe prevalecer.

Queda, pues, en pie el primer sistema, como el más acertado.

Según la última parte del artículo 1218 (del Código Civil de 1936), la cosa juzgada no tiene eficacia para los demás deudores, cuando aquélla concierna a excepciones meramente personales; de lo que se deduce **contrario sensu**, que sí la tiene cuando se trata de excepciones de carácter común."

Guillermo A. Borda[2] señala que la cosa juzgada no puede ser aducida contra los coacreedores o codeudores que no fueron parte en el juicio, pues de lo contrario sería fácil simular un pleito para perjudicarlos, sin darles ocasión de defender sus intereses, lo que sería contrario al principio constitucional de la defensa en juicio; pero agrega que hay, sin embargo, una divergencia en cuanto a la extensión de la inoponibilidad de la cosa juzgada. Para algunos autores, el principio es absoluto: la cosa juzgada no puede ser opuesta en ningún caso a los acreedores o deudores que no fueron parte en el juicio; en tanto que para otros autores, hay que hacer esta distinción: la sentencia condenatoria no puede ser opuesta a los codeudores que no fueron parte en el juicio, pero la sentencia absolutoria puede ser opuesta por los codeudores que no fueron parte en el juicio al acreedor que accionó; y correlativamente la sentencia condenatoria obtenida por uno de los acreedores contra el deudor puede ser invocada válidamente por los otros acreedores contra el deudor condenado, pero la sentencia absolutoria lograda por el deudor, en el juicio que le ha seguido uno de los coacreedores, no puede ser opuesta

(2) BORDA, Guillermo A. Op. cit., Tomo I, Páginas 452 y 453.

por el deudor a los demás acreedores. Para ilustrar lo expresado, el mencionado autor señala algunos ejemplos: A es acreedor de B y C; demanda por pago a B y éste resulta absuelto; si luego A intenta la acción contra C, éste puede oponerle la cosa juzgada; agrega que, en cambio, si B hubiera sido condenado y luego A pretendiera ejecutar a C sobre la base de dicha condena, su acción debería rechazarse, porque la condena de B no tiene efectos respecto de C. Ejemplo del caso correlativo: A y B pretenden ser acreedores de C; A demanda a C y éste es absuelto; C no puede pretender que esta sentencia haga cosa juzgada también frente a B; en cambio, si C hubiera sido condenado, B podría invocar esta sentencia.

Borda cree que la última opinión concilia de manera satisfactoria la regla de la dependencia de vínculos en las obligaciones indivisibles con el principio de la inviolabilidad de la defensa en juicio; razón por la cual, a quien no ha sido parte en el juicio, no se le puede oponer una sentencia condenatoria, pero quien no ha sido parte puede oponer a quien lo ha sido una sentencia absolutoria, porque el perjudicado con la sentencia ha tenido oportunidad de defenderse.

Por nuestra parte expresamos que el sentido del artículo 1193 del Código Civil Peruano de 1984, relativo a los efectos de la sentencia judicial, es exactamente el mismo que tiene el artículo 1192 que acabamos de analizar, razón por la cual hacemos de aplicación a aquel precepto los comentarios que vertimos con ocasión de nuestro análisis a esta norma. El Código Peruano concuerda con el texto que la Reforma de 1968 efectuó al artículo 715 del Código Civil Argentino. Como señalan Roque Garrido y Luis Andorno[3], se ha considerado que los principios en los que se basa la solidaridad en materia de obligaciones no pueden sobrepasar la exigencia de garantía que otorga la Constitución de la República Argentina. Agregan los citados autores que la Reforma consagra el criterio intermedio que señala Busso en su análisis

(3) GARRIDO, Roque y ANDORNO, Luis. Op. cit., Páginas 146 y siguientes.

detallado del artículo conforme a su redacción anterior, al examinar los efectos de la cosa juzgada en las obligaciones solidarias; siendo, a entender de Garrido y Andorno, la conclusión propia de los planteamientos de Aubry y Rau, autores que, entre otros, han sostenido que: "Si el coacreedor solidario que demandó obtuvo sentencia favorable, sus compañeros pueden invocarla en su favor; pero si la sentencia fue contraria al actor, no podría el deudor demandado oponerla a los coacreedores que no fueron parte en el juicio, en forma tal que perjudique los derechos de éstos", solución también consagrada por el artículo 1306 del Código Civil Italiano de 1942, con apoyo de la doctrina de ese país.

En opinión del maestro Borda, no existe ninguna disposición legal que permita apartarse de la relatividad de los efectos de la cosa juzgada: permitir que la sentencia lograda contra uno de los deudores pueda ser invocada contra otro es violar el principio constitucional que garantiza la defensa en juicio; lo que significa, según el citado tratadista, en el aspecto práctico, facilitar la colusión entre el acreedor y uno de los deudores, hecha en perjuicio de los codeudores. A ello se agrega que no basta con comparecer a juicio, sino que la defensa debe comprender la más amplia actividad probatoria, y por colusión pueden desdeñarse medios de prueba fundamentales en el caso. Añade Borda que la cosa juzgada puede ser opuesta por los coacreedores que no fueron parte en el juicio contra el deudor que resulta vencido, siempre que éste no tenga defensas personales que oponer, pero el deudor vencedor en el juicio contra uno de los coacreedores no puede oponer la cosa juzgada a los restantes coacreedores, siendo el fundamento, el ya expuesto, de la inviolabilidad de la defensa en juicio.

Garrido y Andorno[4] señalan que Moisset de Espanés, en su detenido análisis de este aspecto de la Reforma, dice que la cosa juzgada en la determinación de hechos puede tener efectos a favor de un tercero que no ha intervenido; pero puede darse la existencia de excepciones o causas que son personales, a favor o en

(4) GARRIDO, Roque y ANDORNO, Luis. Op. cit., Página 148.

contra de una persona que no intervino en el juicio. En tales hipótesis, cuando existen excepciones personales, no podría invocarse la existencia de cosa juzgada. Luego se refiere al caso de un acreedor que ha gozado del beneficio de la suspensión de la prescripción, y que demanda a uno de los deudores solidarios y consigue la condena. ¿Puede otro de los coacreedores solidarios, para quien la prescripción no estuvo suspendida, y que no intervino en el litigio, prevalerse de la cosa juzgada en contra de ese deudor condenado? De acuerdo con el texto agregado al artículo 715 del Código Civil Argentino, dice Moisset de Espanés que tal cosa podría ocurrir, expresando que la cosa juzgada "es invocable por los coacreedores, pero no es oponible a los codeudores que no fueron parte en el juicio", y aquí se trata de un deudor que fue parte en el juicio. ¿Pero se le condenó porque fue parte con un acreedor contra quien no tenía la excepción personal? Señala que es cierto que el acreedor demandante podrá obtener que se cumpla la sentencia; pero la cosa juzgada no puede hacerse extensiva, indiscriminadamente, a los otros coacreedores que no fueron parte en el juicio. En conclusión, la existencia de excepciones personales, pese a la intervención en el juicio, debe interpretarse como una causa impeditiva, para pretender invocar la cosa juzgada, pues se violaría la defensa en juicio, de raíz constitucional.

Por su parte, Luis de Gásperi[5] recuerda cómo era el tratamiento de la cosa juzgada en el Derecho Romano, señalando que es sabido que en la época de los jurisconsultos, la **litis contestatio** entrañaba la extinción **ipso iure** o **exceptionis ope** de la obligación correal, comprendiéndose que, dictada la sentencia en el pleito entre Titius y Maevius por cobro de una obligación de esta naturaleza, produjese ésta efectos para o contra sus coacreedores o sus codeudores, los cuales desde ese momento desaparecían; y de este modo, a decir de De Gásperi, siendo una sola la obligación en la correalidad, se comprende que, promovida por el acreedor su demanda contra Maevius, después de haberse dictado sentencia absolutoria a favor de otro de sus **correi**, pudiese aquél oponerle la excepción **rei judicatae**; de forma tal que,

(5) DE GASPERI, Luis. Op. cit., Tomo II, Páginas 98 y siguientes.

para que la sentencia produjese efectos objetivos, era menester que la controversia no recayese sobre una relación meramente personal de la obligación, pudiendo, la misma excepción, ser invocada por el **fideyusor**, conforme con una decisión de Pomponius: **Si reus juravit, fidejussor tutus sit: quia et res judicata secundum alterutrum eorum utrique proficeret**. De este modo, según De Gásperi, la liberación era recíproca; de modo tal que la absolución del deudor principal aprovecha al fiador, y "viceversa", porque, de no ser así, condenado que fuese este último, tendría un recurso contra aquél, quien, de esta suerte, se vería expuesto, como observa Savigny, a perder los beneficios que la liberación le había procurado.

Añade De Gásperi que sólo cuando la sentencia reconoce fundados los derechos del acreedor, en palabras de Molitor, quiere la ley que el **correus** no demandado no se libere sino por el pago, de tal suerte -agrega- que según la L. 28, C. VIII, 41, existe siempre esta diferencia entre los **correi debendi** y los deudores solidarios, en lo que concierne a la cosa juzgada, que la sentencia absolutoria obtenida por un **correus** aprovecha a los otros y le confiere la excepción **rei judicatae**, al paso que así no sucede en caso de solidaridad propiamente dicha. Recuerda De Gásperi que esta misma observación la formula Demangeat, cuando dice que la **litis contestatio** con uno de los deudores obligados simplemente **in solidum**, deja subsistir la obligación de los otros; siendo la razón -a entender del profesor paraguayo- obvia, pues no hay en este caso una sola obligación, sino obligaciones distintas, sin otro punto de contacto que la extinción de todas por el pago de una sola de ellas, según lo decidió Papiniano. Así, a entender de De Gásperi, cuando varias personas han conferido mandato para contraer un préstamo, la liberación de una de ellas en la demanda que le hubiese promovido el acreedor, no libera a las otras; pero ellas serán liberadas por el pago.

Luis De Gásperi también analiza el tema en el Derecho Civil Francés, señalando que fue alterada profundamente la concepción romana de la deuda solidaria por los redactores del Código Napoléon; que fueron agrupadas indebidamente por éstos, bajo una sola denominación genérica, las obligaciones correales y las

simplemente solidarias; y que fue considerado el coacreedor, aun respecto de los deudores, propietario de sólo su parte, y por el resto mandatario el uno del otro, pero nada más que para recibir el pago de toda la deuda, de donde en correspondencia viene la idea de pluralidad de vínculos en la solidaridad, y la imposibilidad de que el acreedor pueda compesar, remitir, novar, etc., toda la obligación. Por todo ello, fácil es comprender -según De Gásperique muchos de los exégetas de aquel Código, influidos del extremado individualismo de su tiempo, no admitieran que los deudores solidarios pudiesen liberarse por otra causa que por el pago, quedando eliminada la posibilidad de que la sentencia favorable obtenida por el deudor contra uno de los coacreedores, pueda ser invocada contra los otros. Agrega De Gaspéri que ésta es la doctrina de Delvincourt, de Zachariae, de Duranton, de Laurent, de Aubry y Rau y de Colmet De Santerre, civilistas para los cuales, la cosa juzgada no es un pago, y sólo produce una presunción de que no hay deuda, o que la que existía ha sido extinguida, presunción que no produce efecto sino entre las partes que han intervenido en el juicio y sus herederos, porque para los otros codeudores y coacreedores, la sentencia es **res inter alios judicata**, **quae aliis nec nocet**, **nec prodest**, tal como afirma Duranton. Dice De Gásperi que según Laurent la sentencia equivale a un acto de disposición, y no teniendo los coacreedores solidarios el poder de hacerlo, mal pueden tener el derecho de accionar en juicio; refuta a quienes le objetan que, conferido a ellos por la ley el derecho de requerir el pago del crédito, se les reconoce implícitamente el de demandarlos en juicio, respondiendo que esta opinión confunde dos actos de naturaleza esencialmente distinta, ya que requerir el pago es acto de disposición, en tanto que el derecho de requerir el pago no implica el de representar a los otros coacreedores en juicio.

Recuerda De Gásperi que, refutando Colmet De Santerre a los que admiten el valor objetivo de la cosa juzgada, incluso de la desfavorable al codeudor enjuiciado, sin otro fundamento que el mandato recíproco que los deudores se confieren **ad perpetuandam obligationem**, les observa que incurren en petición de principio, porque se apoyan en la obligación discutida para decir que hay mandato; y en el mandato, que no puede ser sino consecuencia de la obligación, para establecer que la obligación existe; siendo ésta la doctrina que durante largo tiempo logró imponerse en la jurisprudencia francesa. Precisa De Gásperi que otra es, empero, la doctrina admitida por la jurisprudencia francesa de nuestro siglo, pudiendo la sentencia dictada a instancia de un acreedor ser opuesta a los otros codeudores, aun a los que no figuraron en el pleito; lo que a entender de De Gásperi no es una novedad, pues ella arranca de muy lejos, remontándose hasta Merlin, quien, fundado en el argumento del artículo 1351 del Código Civil Francés, admitía que la sentencia dictada a favor o en contra de un deudor solidario, tiene autoridad de cosa juzgada a favor o en contra de sus codeudores. Entendía Merlin que están reunidos los tres requisitos de la identidad de objeto, causa y partes a que se subordina la admisión de la cosa juzgada, siendo el crédito o la deuda solidarios, el mismo para cada uno de los acreedores y cada uno de los deudores, además de haber una causa idéntica para todos. De Gásperi señala que, en cuanto a la identidad de partes, Merlin dice: "Los coacreedores del acreedor a favor o en contra del cual se dictó la sentencia, no son, sin duda, físicamente el mismo individuo que él; pero lo son moralmente, y ésta es una verdad fácil de comprender."

Añade De Gásperi que la misma doctrina es sostenida por Toullier, Marcadé y Larombiére, señalando que este último condiciona el valor objetivo de la cosa juzgada contra los coacreedores que no fueron parte en el juicio, a la circunstancia de que el acreedor que promovió la demanda no los haya perjudicado por un hecho personal suyo, como si por confesión, o por renuncia, o por reconocimiento, hubiese determinado la sentencia, o si por su consentimiento deviniese ésta firme, y ganase autoridad de cosa juzgada; anota De Gásperi que el consentimiento de la sentencia es, según Larombiére, un verdadero derecho de disposición sobre la cosa de otro, precisando que el mandato recíproco de acreedores entre sí no implica esta facultad.

De acuerdo con De Gásperi, Demolombe, Barde y Vigie también sostienen el valor objetivo de la cosa juzgada entre el deudor y uno de los acreedores, cualquiera sea para éste la suerte del pleito, siempre que por hecho personal suyo no pueda

imputársele haber perjudicado a los otros. Así, continúa diciendo De Gásperi, se desarrolla la doctrina que pretende atribuir a la cosa juzgada valor de tal sólo cuando es favorable a los coacreedores, y no en caso contrario, porque el mandato se reputa implícita y recíprocamente dado entre ellos, para todo lo que puede serles ventajoso y no para lo que pueda perjudicarles. Huc, según De Gásperi, afirma que ella conduciría a aplicar o no los efectos de la cosa juzgada, según el resultado de la sentencia, como si el alcance de un mandato pudiera caracterizarse, no por la naturaleza y la importancia del acto que va a celebrarse, sino por sus resultados; recuerda De Gásperi la expresión de Saleilles: "Singulares mandatarios que tendrían poder para ganar y no para perder, y que no podrían saber, sino después, que al promover la acción, obraban o no en los límites de su mandato"; argumentos que, según De Gásperi, son suficientes para demostrar la falsa noción del mandato como consecuencia de la pretendida pluralidad de vínculos en la solidaridad, con tan escasa fortuna defendida por los civilistas franceses.

En este sentido, Alfredo Colmo[6] expresa que la misma solución procede en materia de cosa juzgada: ésta es personal, y no favorece ni perjudica sino a los que han sido partes en el juicio. Así, cuando la demanda de un acreedor es rechazada, cualquier otro acreedor puede deducir demanda, sin que se pueda alegar en su contra por el deudor la cosa juzgada del juicio anterior. Viceversa: la cosa juzgada en el juicio del acreedor contra uno de los deudores, no podría ser opuesta por éstos; lo que se explica porque el derecho de cada acreedor, lo mismo que la obligación de cada deudor, es meramente parcial, a pesar de que por razón de lo indivisible de la prestación, se puede exigir el pago íntegro, pues esto nada dice en favor del título del acreedor sobre el crédito, ni de la carga o gravamen del obligado sobre la deuda. A este respecto, Héctor Lafaille[7] establece que el fallo judicial recaído en pleito ordinario, sea que condene o que absuelva a uno de los deudores, produce consecuencias respecto de los demás y a favor, indistintamente, de los titulares del crédito.

(6) COLMO, Alfredo. Op. cit., Página 334.
(7) LAFAILLE, Héctor. Op. cit., Tomo VI, Páginas 235 y siguientes.

Giorgi[8], al abordar el caso de si un deudor, al contestar al acreedor, representa en juicio a los codeudores, de modo que la sentencia tenga fuerza de cosa juzgada respecto de estos últimos, recuerda que en la cosa juzgada deben concurrir los tres requisitos asumidos por la generalidad de la doctrina: que sea la misma la cosa demandada, que la demanda se funde en la misma causa y que la causa concierna a las mismas personas; por lo que, enseña Giorgi, sobre el tema materia de los presentes comentarios, interesa advertir que la cuestión a resolver no afecta los dos primeros requisitos, sino sólo el tercero, porque si bien ofrece ciertas dificultades el determinar si son las mismas, la cosa demandada y la causa de pedir, estas dificultades no tienen nada de especial de la materia de solidaridad, siendo comunes a todas las materias respecto a las cuales se examinen; y por eso pertenecen propiamente a la teoría de la cosa juzgada en general. Agrega el profesor italiano que, por el contrario, en la solidaridad lo que interesa principalmente determinar es si un deudor solidario, por virtud de los efectos de la cosa juzgada, puede considerarse como una misma persona con otro deudor solidario, de modo que, dada la concurrencia de los dos primeros requisitos, el deudor único en el juicio haya representado a todos los demás, y la sentencia produzca también, respecto a ellos, los efectos de la cosa juzgada.

Precisa Giorgi que, sentado esto, se observa fácilmente que la importancia de la cuestión se restringe a las excepciones comunes; porque si la sentencia estatuyó sobre excepción personal al deudor que figuró en el juicio, tal sentencia no podrá nunca tener eficacia ni en beneficio ni en daño de los demás deudores solidarios, al menos en lo que excede de la porción del deudor que haya sido parte en el juicio; y, de ser, en efecto, cierto que un deudor solidario representa a los demás en juicio, sería igualmente cierto que faltaría a la cosa juzgada, con relación a los demás deudores, uno de estos dos requisitos no menos esenciales, o la identidad de la cosa demandada, o la identidad de la causa de pedir. De este modo, según Giorgi, concretada la cuestión a ver si

(8) GIORGI, Giorgio. Op. cit., Volumen I, Páginas 156 y siguientes.

en orden a las excepciones un deudor solidario representa en juicio a los coobligados, nos hallamos frente a una de las más graves dificultades en esta materia; no conociéndose texto alguno del Derecho Romano que resuelva claramente la cuestión, porque las L. L. 43, 2 D. **De iureiurando** (XLII, 2) y 52, 3, **De fideius**, etc. (XLVI, 2), tratan cuestiones análogas y se hallan entre sí en contradicción; precisa Giorgi que no se ganaría mucho revisando el tema en el Derecho común antiguo, el cual no ofrece principio alguno cierto de doctrina, ni verdadera regla admitida de jurisprudencia. Recuerda Giorgi que Fabro, con la autoridad de Bartolo, nos enseña: **sententia contra unum ex correis lata alteri non nocet**; en tanto que Voet, al contrario, dice que la cosa juzgada favorable al correo aprovecha a los demás; pero Giorgi afirma que no cabe confiar mucho en esta doctrina, porque asegura Scaccia que, según la opinión corriente, la cosa juzgada no favorece ni perjudica a los correos, y lo mismo repite Surdo, aunque no ocultan la variedad de las opiniones doctrinales. Además -dice Giorgi- la jurisprudencia ha tratado siempre con mucha dureza al deudor solidario, hasta el punto de estimar, como ha hecho la Rota Florentina, que la confesión del correo puede perjudicar al correo; y en tiempo más reciente, Merlin ha sostenido sin vacilación, que la sentencia, tanto favorable como contraria, constituye cosa juzgada respecto al correo; de modo tal que, en opinión de Giorgi, si en esta duda los legisladores modernos hubieran establecido en un precepto legal un principio cierto de Derecho, hubieran realizado una cosa, no ya oportuna, sino verdaderamente necesaria; pues, a entender del maestro italiano, su silencio ha dado lugar a la escisión de la doctrina en diversas escuelas, dejando a los prácticos en grave aprieto. En tal sentido, nos recuerda Giorgi que una escuela, siguiendo a Scaccia, enseña que la cosa juzgada favorable o adversa no extiende nunca sus efectos a los codeudores solidarios que no hayan intervenido en el juicio, excepto, en caso de absolución, por la parte del deudor absuelto; y que son autores y partidarios de esta tesis: Demangeat, Duranton, Colmet de Santerre, Dalloz, Lacombe, Griolet y Laurent.

Relata Giorgi que otra escuela se atiene, en cambio, a la opinión de Merlin, y enseña precisamente lo contrario, siendo profesada por Toullier, Proudhom, Carré, Delsol, Larombiére,

Demolombe y Lewandowsky. Entre los mismos defensores de las dos escuelas existe, en verdad, alguna discrepancia; pero la base fundamental de su idea es ésta, y sirve para distinguir una escuela de la otra. Finalmente, a decir de Giorgi, hay una tercera escuela que distingue según que la sentencia sea favorable o adversa al deudor. Así, si resulta favorable, es cosa juzgada para los coobligados; si resulta desfavorable es **res inter alios** acta respecto a ellos, tal como opinan Delvincourt, Arntz, Boileux, Marcadé, Aubry y Rau, Rodiére, Bonier, Molitor, Mourlon y Pacifici-Mazzoni; siendo esta última, pues, la escuela que ha encontrado mayor favor en la jurisprudencia francesa, no obstante lo cual, Giorgi la rechaza por dos razones: la primera, porque ofende la equidad en perjuicio del acreedor, al cual a la par que le obliga a pasar, respecto a todos los coobligados, por la sentencia desfavorable, le niega el derecho correlativo de aprovecharse contra todos de la que sea beneficiosa; la segunda, porque vuelve contra el acreedor una institución jurídica establecida propiamente en su provecho. Así, Giorgi prefiere la escuela creada por Merlin, que extiende sin distinción los efectos de la cosa juzgada a todos los coobligados; anota que la prefiere por corresponder y armonizar con el fin de la solidaridad, favorable en todo al deudor e impedir la duplicidad de juicios, a la que dan ocasión las otras dos escuelas con posibles y sorprendentes contrastes de fallos sobre la misma cuestión objetiva. Y por último, Giorgi nos dice que la única objeción de algún relieve que cabe oponer a esta doctrina es la de hacer durar o empeorar la condición de los coobligados, en cuanto les obliga a soportar la consecuencia de la mala defensa hecha por los codeudores; pero considera que la solidaridad constituye una agravación de la obligación, tanto así que los legisladores han prescrito la regla de que la solidaridad no debe presumirse, mientras que, por otra parte, no es necesario aplicar la citada doctrina cuando el deudor litigante, en vez de sostener lealmente su interés y el de sus coobligados, con mala fe o con culpa grave favorece el del acreedor; y tampoco cuando el mismo deudor haya perdido el pleito, realizando alguno de los actos que no encajan en sus facultades; cita Giorgi como ejemplo, el deferir un juramento decisorio, renunciando a la prescripción o al pleito. Anota el mismo autor que con tal que los coobligados lleguen a probar uno de estos hechos, se librarán de las consecuencias

desfavorables de la cosa juzgada; de lo que el mencionado autor induce, naturalmente, que obrará el acreedor con gran acierto, si al oponerle el deudor demandado alguna excepción favorable a todos los codeudores, toma la precaución de citarlos y emplazarlos.

No obstante lo señalado, debemos mencionar que la tendencia de la jurisprudencia francesa de nuestros días está adquiriendo un sentido contrario al tradicional. A este respecto, los profesores Philippe Malaurie y Laurent Aynés[9] enseñan que, de manera contraria al principio de la relatividad de la cosa juzgada, el Tribunal de Casación decidió, en una reciente sentencia en el juicio seguido entre un acreedor y un codeudor solidario, extender los principios de la cosa juzgada con respecto a los demás codeudores. A entender de los profesores citados, en otro tiempo se justificaba la norma considerando que cada uno de los codeudores solidarios era el "contradictor legítimo" del acreedor y el "representante necesario" de los codeudores; pero establecen que el codeudor está representado en el proceso sólo en la medida en que no se agrave su situación; además de que en nuestros días, un autor llega a considerar que se debería hablar más bien de oponibilidad del juicio a los codeudores, porque no hay una comunidad de intereses entre ellos, lo que es una comprobación antes que una explicación.

En opinión de Malaurie y Aynés, la norma es peligrosa, pues hace que la suerte de la habilidad o la honestidad de todos dependa del deudor demandado; motivo por el cual para limitar sus riesgos, la jurisprudencia francesa la descarta en caso de colusión fraudulenta, o cuando el codeudor tiene una excepción personal por hacer valer. Los autores citados mencionan que el artículo 552 del nuevo Código Procesal Civil Francés empleó -en parte- la jurisprudencia anterior relativa a los efectos de la solidaridad sobre el ejercicio de las vías de recurso (apelación, oposición, recurso de casación), señalando que a este respecto existe cierta representación mutua de los codeudores solidarios, pero muy limitada; de tal forma que si un codeudor ejerce una vía de recurso, los demás codeudores pueden unirse a ella, aun cuando hubiesen dejado pasar el plazo, siendo éste el único efecto de la solidaridad: si los demás codeudores quieren apelar a la decisión de los tribunales, ellos mismos deben emplear las vías de recurso. Los autores citados mencionan como ejemplo la abstención ante la jurisdicción de apelación, caso en el cual los que así actúen podrán valerse de la sentencia que invalidaría el juicio que los condenó; pero, sin embargo, el Tribunal de Apelación puede ordenar de oficio su acusación.

Además, señalan Malaurie y Aynés que un codeudor solidario no puede hacer "tercera-oposición" a la sentencia expedida contra otro, a menos que exponga un medio que le sea personal; justificándose esta norma más por la representación mutua de los coobligados que por la autoridad de la cosa juzgada, la que, incluso siendo absoluta, no impide la "tercera-oposición". Agregan los autores citados que la jurisprudencia hizo una extensión de estas normas a la transacción celebrada entre uno de los codeudores solidarios y el acreedor, a pesar del texto legal que prescribe en contrario; precisan Malaurie y Aynés que no se puede oponer la transacción hecha entre uno de los codeudores solidarios y el acreedor, a otro codeudor, quien resultaría perjudicado, pero los demás codeudores tienen la facultad de acogerse a ella si ésta los favorece, y pueden demandar la disminución de su parte de deuda en las mismas condiciones que si hubiera habido cancelación de la deuda.

Debemos decir también, siguiendo a los profesores citados, que no todos los sistemas de Derecho admiten los efectos secundarios de la solidaridad, siendo ignorados éstos por el Derecho Alemán y Suizo.

Antes de finalizar nuestros comentarios al artículo 1193 del Código Civil Peruano de 1984, queremos señalar que Guillermo A. Borda[10], relacionando al tema de la cosa juzgada con el de los

(9) MALAURIE, Philippe y AYNES, Laurent. Op. cit., Páginas 660 y 661.

(10) BORDA, Guillermo A. Op. cit., Tomo I, Páginas 453 y 454.

recursos procesales, nos recuerda que según una teoría bastante difundida, los recursos de apelación interpuestos por uno de los coobligados solidarios benefician a los demás; doctrina que a entender del citado profesor argentino es errónea, lo que resulta particularmente claro cuando se trata de la apelación de una sentencia que resuelve el pleito en primera instancia, pues nos ilustra con la suposición de que dos codeudores solidarios han sido condenados en dicha instancia; uno, notificado cierto día, no presenta su recurso de apelación; el otro, notificado diez días después, apela; lo que equivale a decir, que este recurso se interpone cuando la sentencia contra el otro coobligado ha pasado ya en autoridad de cosa juzgada, preguntándose si esta situación -definitiva si las hay en Derecho- va a quedar modificada porque ulteriormente el otro coobligado apele; así esta apelación tendría como efecto hacer revivir un derecho definitivamente fallado. Agrega Borda que, por lo demás, es claro que la situación no varía por la circunstancia de que el apelante lo hiciera dentro del término que tenía para hacerlo su coobligado; porque si éste dejó vencer su plazo, la sentencia ha pasado respecto de él en autoridad de cosa juzgada y lo que se resuelva en aquel recurso no puede mejorar su situación; precisa Borda que, en el fondo, la actitud de quien no apela es equivalente a la de quien presente un escrito consintiendo expresamente en la sentencia; al punto que no se concebiría, en este caso, que el recurso interpuesto por los otros codemandados pueda tener como efecto desobligar a quien reconoce estar obligado.

Finaliza el famoso tratadista argentino señalando que la teoría que combate parece contradictoria con la otra sostenida por ciertos autores, de la extensión de los efectos de la cosa juzgada; porque si la sentencia de primera instancia ha quedado firme respecto de uno de los litigantes, esta cosa juzgada debería tener efecto también contra los codeudores que han apelado; pero agrega que esta consecuencia es tan repugnante a la idea de justicia que se ha debido recurrir a otra doctrina: la de propagación de los efectos del recurso de apelación, la misma que -como ha precisado- resulta igualmente insostenible.

Antes de concluir la materia relativa al artículo 1193 del Código Civil Peruano, queremos reiterar que el principio en él contenido reviste plena justificación, tal como se desprende de los argumentos que la doctrina de nuestra tradición jurídica ha vertido respecto de este tema.

Advertimos que en él se respeta plenamente el principio de la triple identidad de la cosa juzgada, ya que ésta únicamente surte efectos entre las partes que litigaron. No obstante ello, el Código ha considerado lógico precisar que si dicha sentencia versa sobre un aspecto común a los demás codeudores o coacreedores que no litigaron, ésta pueda perjudicarlos o beneficiarlos. La razón es obvia, porque de lo que ha tratado el proceso judicial es, precisamente, sobre un asunto atinente a todos ellos. En el caso más claro del acto nulo por omisión de la forma requerida por la ley, sería evidente que dicho acto declarado como tal no podría ser válido para otro codeudor u otro coacreedor; razón por la cual, sería absurdo siquiera imaginar la aplicación de un principio opuesto al contenido en el artículo 1193.

Por lo demás, si el asunto materia del juicio tuviese exclusiva relación con el codeudor o coacreedor, los efectos de la resolución judicial sólo recaerían respecto a quienes litigaron, ya que no habría razón alguna para extender tales efectos a los otros.

Sólo queremos agregar que si la obligación fuese indivisible y solidaria, no habría problema alguno, ya que el artículo 1193 se aplica a ambos supuestos, en virtud de lo establecido por el segundo párrafo del artículo 1181 del Código Civil, Peruano; y que si fuese divisible y solidaria, se aplicaría, asimismo, el artículo 1193.

– Concordancias nacionales.

Reglas aplicables a las obligaciones indivisibles y mancomunadas y a las obligaciones indivisibles y solidarias, artículo 1181 del Código Civil / Cosa juzgada, artículo 123 del Código Procesal Civil.

OBLIGACIONES INDIVISIBLES	OBLIGACIONES SOLIDARIAS
(16) CONSTITUCION EN MORA DE UN CODEUDOR O UN COACREEDOR.	
Se aplica el artículo 1194 a las obligaciones indivisibles, en virtud de lo dispuesto por el artículo 1181 del Código Civil.	**Artículo 1194.**- *"La constitución en mora de uno de los deudores o acreedores solidarios no surte efecto respecto a los demás.* *La constitución en mora del deudor por uno de los acreedores solidarios, o del acreedor por uno de los deudores solidarios, favorece a los otros."*

– ***Fuentes nacionales del artículo 1194.***

Este artículo no registra antecedentes en el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836.*

El *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836* trataba el tema -en cierta forma- en su artículo 801: "La demanda sobre intereses interpuesta contra uno

de los deudores **in solidum**, hace correr los intereses contra todos."; en tanto que el *Código Civil de 1852* no registraba precepto alguno sobre el particular.

Por otra parte, debemos señalar que el *Proyecto de Código Civil de 1890* abordaba el tema en el artículo 1555: "Por el hecho de entablar demanda de intereses contra un deudor solidario, corren aquellos respecto de todos si se declara fundada la demanda."; mientras que el *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925*, lo hacía en el artículo 178: "La demanda de intereses entablada contra uno de los deudores solidarios, hace correr los intereses respecto de todos. El codeudor que sea culpable de la demora responderá a los demás."; el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926*, en el artículo 169: "La demanda de intereses entablada contra uno de los deudores solidarios, hará correr los intereses respecto de todos.- El codeudor que sea culpable de la demora responderá a los demás."; el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936*, en el artículo 1212: "La demanda de intereses entablada contra uno de los deudores solidarios, hará correr los intereses respecto de todos.- El codeudor que sea culpable de la demora responderá a los demás."; y el *Código Civil de 1936*, en sus artículos 1221: "La demanda de intereses entablada contra uno de los deudores solidarios, los hará obligatorios respecto a todos."; y 1222: "El codeudor que sea culpable de la demora responderá a los demás."

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973,* trataba el particular en su artículo 67: "La constitución en mora de uno de los deudores solidarios no tiene efecto respecto a los otros, salvo lo dispuesto por el artículo 69.- La constitución en mora del deudor por parte de uno de los acreedores solidarios favorece a los otros."; en tanto que el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980,* lo hacía a través de su artículo 73: "La constitución en mora de uno de los deudores o acreedores solidarios no surte efecto respecto a los demás.- La constitución en mora del deudor por uno de los acreedores solidarios, o del acreedor por uno de los

deudores solidarios, favorece a los otros."; el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981*, en el numeral 1215: "La constitución en mora de uno de los deudores o acreedores solidarios no surte efecto respecto a los demás.- La constitución en mora del deudor por uno de los acreedores solidarios, o del acreedor por uno de los deudores solidarios, favorece a los otros."; y el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984,* en el artículo 1162: "La constitución en mora de uno de los deudores o acreedores solidarios no surte efecto respecto a los demás.- La constitución en mora del deudor por uno de los acreedores solidarios, o del acreedor por uno de los deudores solidarios, favorece a los otros."

– Fuentes y concordancias extranjeras.

Coinciden con el artículo 1194 del Código Civil Peruano, entre otros, el Código Civil Venezolano de 1942 (artículo 1227, primer párrafo), el Guatemalteco de 1973 (artículo 1350 -similar al primer párrafo del artículo 1194 Peruano-), el Brasileño (artículo 909), el Alemán (artículo 424), el Helénico (artículo 485), el Proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones y Contratos de 1927 (artículos 134 y 156 -similar al segundo párrafo del artículo 1194 Peruano-) y el Código de la República de China de 1930 (artículos 278 y 289).

El Código Civil Francés (artículo 1207) establece que "la demanda de intereses contra uno de los deudores solidarios hace que corran los intereses con respecto a todos."

El Código Civil Boliviano de 1976 (artículo 445) se diferencia del Peruano en que la constitución en mora sí surte efecto contra los demás codeudores. El Paraguayo de 1987 (artículo 519) hace la salvedad de que tal mora sí produce sus efectos respecto de los demás. El Código Etíope (artículo 1899) señala que la constitución en mora de uno de los deudores solidarios produce iguales efectos sobre los demás. Asimismo, el Código Egipcio en su artículo 166 establece, con solución distinta a nuestro Código, que la constitución en mora y la demanda contra un solo deudor solidario produce efectos contra los otros.

– *Análisis.*

El artículo 1194 del Código Civil Peruano tiene su antecedente nacional más próximo en el numeral 1221 del Código Civil de 1936, y supera su terminología. Esta norma prescribía que la demanda de intereses entablada contra uno de los deudores solidarios, los hacía obligatorios respecto de todos. Sin embargo, el precepto del Código de 1936 tenía una grave omisión, ya que como decía el maestro León Barandiarán[1]:

"Nuestro Código únicamente se ha ocupado de los efectos de la mora en caso de solidaridad por concurso de prestadores; no el caso de la solidaridad activa; reiterando así la desatención sobre esta última clase de obligación en algunos de sus aspectos, acaso por la circunstancia de que en la práctica es inusitada la presentación de esta solidaridad activa. Ahora bien; es evidente que pudiendo cualquiera de los acreedores demandar el íntegro de la deuda, cualquiera de ellos puede constituir en mora al deudor, y ello tiene efecto respecto a todos los acreedores."

Señala Eduardo B. Busso[2] que, a entender de algunos intérpretes del Derecho Romano, en éste los distintos deudores debían responder de la culpa de uno de ellos, porque se trataba -precisamente- de dar al acreedor la garantía de la conducta de todos; mientras que, por el contrario, no respondían por la mora, porque después de elegido por el acreedor el deudor que debía pagar, los demás deudores podían considerarse exentos de responsabilidad, si la cosa perecía.

Debemos recordar que el artículo 1221 del Código Civil Peruano de 1936, relativo a este tema, tenía su origen en el antiguo Derecho Francés. El texto del artículo mencionado hablaba de la demanda de intereses. El legislador había empleado aquí la terminología del Código Napoléon, sin tener en cuenta una diferencia importante: que mientras en nuestro Derecho la constitución en

(1) LEON BARANDIARAN, José. Op. cit., Tomo II, Página 172.
(2) BUSSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo IV, Página 149.

mora puede resultar de cualquier forma -judicial o extrajudicial-, en el Derecho Francés, hasta el mes de abril de 1900, la constitución en mora, para hacer correr los intereses moratorios, sólo podía resultar de una demanda judicial. Pensamos, por consiguiente, que los términos "demanda de intereses" debían interpretarse ampliamente y que, cualquiera que hubiera sido la forma del requerimiento hecho a uno de los codeudores solidarios -judicial o extrajudicial-, los intereses debían correr contra todos. Esta terminología ha sido superada por el Código Civil de 1984, cuando alude a "la constitución en mora", que, salvo las excepciones previstas por la ley, puede originarse judicial o extrajudicialmente, con la virtualidad de referirse al retraso en el cumplimiento de toda clase de obligaciones, y no sólo de aquellas que por tal retraso únicamente generan el pago de intereses.

Pero no se crea que el principio establecido por el artículo 1194 del Código Civil Peruano, fue siempre asumido por nuestra tradición jurídica. Relata Giorgi[3] que durante mucho tiempo rigió el principio opuesto, vale decir, que la constitución en mora de uno de los codeudores solidarios también hacía correr los intereses respecto a todos los demás. Anota el citado autor italiano que este efecto no se encuentra en el Derecho Romano y tampoco en las obras de Dumoulin y de Pothier; fue Bigot-Préameneu quien, reconociendo lo justo de que, así como la interrupción de la prescripción favorece al acreedor contra todos los deudores solidarios, de igual modo la reclamación de los intereses propuesta contra un deudor solidario debe hacer correr los mismos intereses contra todos los codeudores solidarios, formuló el principio en una disposición del Proyecto, convertida después en el artículo 1207 del Código Napoléon. Por eso este precepto se refiere a los intereses de mora, y se halla en armonía con el numeral 1135 del mismo Código, según el cual, los intereses de mora sólo se deben desde la interpelación judicial. Esto no obstante, la jurisprudencia francesa ha extendido el principio a los intereses pactados mediante nuevo convenio celebrado entre el acreedor y un deudor solidario.

(3) GIORGI, Giorgio. Op. cit., Volumen I, Página 143.

Como recuerda François Laurent[4], Pothier plantea como principio el que uno de los codeudores no puede, por acto propio, agravar la condición de sus codeudores. Es claro -según Laurent- que en la teoría de la sociedad del mandato que resulta de este principio, se dice que entre los codeudores se dan la orden de conservar la deuda pero no de aumentarla; por lo que considera inútil recurrir a esta teoría para justificar el principio que plantea Pothier y que muchos admiten, pues como sólo se está comprometido por su consentimiento, los codeudores solidarios consintieron responsabilizarse por la obligación que contrajeron en los límites de su contrato, no habiendo consentido ni entendido permitir que un codeudor extendiera la obligación de ellos, lo que sería una obligación sin consentimiento, constituyendo un absurdo. En tal sentido, Laurent critica que el Código Napoléon haya derogado este antiguo principio de Derecho, disponiendo que la demanda de intereses iniciada contra uno de sus deudores solidarios haga ir y venir los intereses con respecto a todos. Laurent opina que no se puede conciliar esta disposición con la teoría del mandato, resultando una deuda que no tiene intereses, agravada cuando por el acto de uno de los deudores, se vuelve productiva de intereses; desconociéndose por qué en este punto, los autores del Código Civil Francés se alejaron de la autoridad de Pothier. Laurent presume que el precepto se incorporó por consideraciones de utilidad práctica, pues si los intereses aumentasen solamente en contra de uno de los deudores, por haber sido demandado especialmente, el acreedor estaría obligado a demandar a todos; y por la razón de que los gastos recaerían sobre todos los deudores, se habría creído necesario prevenir estos procesos y los enormes gastos que resultarían de esta situación, haciendo aumentar los intereses contra todos los deudores, en virtud de una sola demanda.

Agrega Laurent que se intentó hacer conciliar el artículo 1207 del Código Napoléon con los verdaderos principios, suponiendo un convenio tácito entre los codeudores. En tal sentido, como los deudores debían los intereses moratorios, fijados en 5% por la Ley Francesa del 3 de septiembre de 1807, a título de compensación por los daños y perjuicios que resultasen del atraso en el cumplimiento, por esta razón, se considera como una pena tácita a la que los codeudores solidarios se comprometen en el caso en el que hubiese atraso en el cumplimiento; sometiéndose ellos -tácitamente- a esta pena por el atraso que se comprobará legalmente, es decir, por una demanda judicial dirigida contra ellos. A decir de Laurent, la explicación es teóricamente admisible, en el sentido de que el legislador habría podido suponer esta intención en las partes contratantes, pero el intérprete no lo puede hacer, no pudiendo siquiera explicar la disposición del Código Napoléon, porque en la práctica, esto sería como establecer -por vía de presunción- una obligación que no resulta del contrato, lo que es contrario a todo principio. Théophile Huc[5] coincide con lo expresado por Laurent, pero avala la norma por razones de orden práctico, al señalar que es de utilidad para evitar la necesidad de múltiples demandas judiciales; pero, no obstante ello, el acreedor se vería obligado a accionar contra todos los deudores para hacer correr los intereses a su favor.

Como señala Luis De Gásperi[6], Vélez Sarsfield se apartó del texto legislativo francés, habiendo citado el codificador argentino a Marcadé, quien señalaba que "la razón del artículo es que constituyendo los intereses, en las obligaciones de dar sumas de dinero, los daños y perjuicios fijados por anticipado por la ley, puede decirse que existe, en cuanto a ellos, una cláusula penal tácitamente estipulada, de suerte que su deuda, cuando haya de ejecutarse, no exceda de los límites de la convención primitiva y pueda ser extendida a todos los deudores por la constitución en mora de uno solo, sin violación del principio según el cual el deudor constituido en mora no tiene mandato sino **ad perpetuandam et conservandam obligationem**."

El Código Civil Argentino no contemplaba el supuesto de la mora de uno de los coacreedores y sus consecuencias con relación a los demás. Eduardo B. Busso[7] consideraba que la solu-

(4) LAURENT, François. Op. cit., Tomo XVII, Página 308.

(5) HUC, Théophile. Op. cit., Tomo VII, Página 431.
(6) DE GASPERI, Luis. Op. cit., Tomo II, Página 116.
(7) BUSSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo V, Página 151.

ción en este caso era clara, pues por aplicación de los principios generales de la solidaridad, la mora de uno de los acreedores debe perjudicar a los demás en el caso de la solidaridad activa, y en los casos de solidaridad pasiva la mora en que hubiera podido incurrir un acreedor respecto de uno de los deudores debe beneficiar también a los demás deudores[8].

El Código Civil Peruano de 1984, como ha sido dicho en su momento, se ha apartado de estos falsos principios. Dentro del régimen nacional, la constitución en mora de uno de los deudores o acreedores solidarios no surte efecto respecto a los demás; en tanto que la constitución en mora del deudor por uno de los acreedores solidarios, o del acreedor por uno de los deudores solidarios, favorece a los otros.

Puede ocurrir que los distintos deudores solidarios se hayan obligado, unos pura y simplemente y los otros a plazo o bajo condición.

Debemos precisar que al vencimiento del plazo de una deuda sin modalidad alguna, y ante la falta de pago, se deben abonar daños y perjuicios, conforme a lo establecido por el artículo 1336 del Código Civil Peruano. Cuando se trate de sumas de dinero, se pagarán intereses moratorios. Si éstos no se han pactado, deberán pagarse los intereses compensatorios estipulados y, a falta de ellos, los intereses legales respectivos; y también en esta hipótesis, podría verse obligado el deudor a indemnizar el daño ulterior, si se hubiese estipulado y el acreedor demostrara haberlo sufrido (artículos 1242, 1245, 1246 y 1324 del Código Civil).

¿La constitución en mora de uno de los primeros haría correr los intereses respecto a los segundos? Es evidente que mientras el plazo no hubiese vencido o la condición no se hubiera cumplido, estos deudores no podrían ser constituidos en mora y,

(8) Ver también GAGLIARDO, Mariano. Op. cit., Página 147; y ALTERINI, Atilio Aníbal, AMEAL, Oscar José y LOPEZ CABANA, Roberto M. Op. cit., Tomo II, Página 219.

por consiguiente, no estarían obligados a pago alguno de daños y perjuicios o, en su caso, de intereses moratorios. Estos conceptos son compartidos por los tratadistas argentinos Alterini, Ameal y López Cabana[9], cuando señalan que si alguno de los obligados estuviese sujeto a plazo o a condición, los intereses no corren para él sino desde el momento en que venza el plazo o se cumpla la condición, sin necesidad de una nueva interpelación. En similares palabras se expresa Borda[10], cuando sostiene que "claro está que si uno de los codeudores tuviere su parte en la deuda sujeta a plazo o condición, los intereses no correrán contra ella hasta el vencimiento del término o el cumplimiento de la condición; pero en estos eventos, no es necesaria una nueva interpelación." Sin embargo, dentro del régimen establecido por el artículo 1194 del Código Civil Peruano, la solución sería -evidentemente- la opuesta, ya que si en situación usual la constitución en mora de uno de los codeudores o coacreedores no se extiende a los otros, menos aún ocurriría así en caso en que los no interpelados estén beneficiados por un plazo o condición.

Suponiendo que el plazo hubiera vencido o la condición se hubiera cumplido, ¿se reputaría que estos deudores solidarios quedan constituidos en mora por el requerimiento hecho anteriormente a uno de los obligados pura y simplemente? Sobre este punto hay un criterio mayoritario en la doctrina. La constitución en mora de uno de los deudores puros y simples alcanza a los deudores a plazo o bajo condición, sin necesidad de un nuevo requerimiento. Esta es la consecuencia lógica de la idea de representación entre los codeudores solidarios, cualquiera que sea la naturaleza del vínculo que liga a cada uno de ellos con el acreedor. Sin embargo, esta posición admite discrepancias en la propia doctrina y no ha sido acogida por el artículo 1194 del Código nacional.

El primer párrafo del artículo 1194 del Código Civil Peruano contempla un supuesto de solidaridad pasiva o activa, en el cual alguno de los codeudores o coacreedores es constituido en mora

(9) ALTERINI, Atilio Aníbal, AMEAL, Oscar José y LOPEZ CABANA, Roberto M. Op. cit., Tomo II, Página 221.
(10) BORDA, Guillermo A. Op. cit., Tomo I, Página 469.

por el deudor o acreedor común o por alguno de los codeudores o coacreedores comunes, según fuese el caso.

Aquí la regla es que dicha constitución en mora no afecta a los demás codeudores o coacreedores no constituidos en mora. Esto, por elementales razones de justicia. Como dicen Alterini, Ameal y López Cabana[11], el estado de la mora es estrictamente personal, de lo que se sigue que si uno de los codeudores es interpelado por el acreedor, los efectos de su constitución en mora no se propagan a los demás deudores.

Solución inversa es la prevista por el Código Civil para el caso contemplado en el segundo párrafo del artículo 1194. Esta norma prevé el supuesto en que sea el deudor o acreedor común quien es constituido en mora por alguno de sus coacreedores o codeudores solidarios. En este caso, la constitución en mora de dicho deudor o acreedor, evidentemente no podría perjudicar a ninguna otra persona de su misma condición, ya que sólo él será el único deudor o acreedor. Pero sí ocurre que dicha constitución en mora favorece a los otros codeudores o coacreedores del deudor o acreedor que practicó tal acto. Ello porque es efecto de la solidaridad el favorecer también a sus codeudores o coacreedores. Además, debe observarse que esta situación será -en cierta forma- indiferente para el deudor o acreedor común, ya que bastará que uno de los deudores o acreedores lo constituya en mora, para que se produzcan todos los efectos derivados en contra suya en razón de dicha constitución en mora. Cabe señalar que el Código Civil Peruano de 1984 se ha apartado, en este punto, del aspecto estrictamente personal del estado de mora. Estamos de acuerdo con la solución adoptada por el Código nacional, pero no por ello dejamos de anotar que su solución no es asumida universalmente. El principio contrario es adoptado por la legislación argentina, la misma que establece que los efectos de la constitución en mora de un deudor por parte de uno de los acreedores, no beneficia a los restantes coacreedores que no lo

(11) ALTERINI, Atilio Aníbal, AMEAL, Oscar José y LOPEZ CABANA, Roberto M. Op. cit., Tomo II, Página 203.

han interpelado. El principio peruano, en esta materia, se ciñe al apartado segundo del artículo 1308 del Código Civil Italiano de 1942[12].

El Código Civil de 1936, como ha sido señalado en ocasión anterior, contemplaba en su artículo 1221 -norma que representa el antecedente nacional directo del artículo 1194 del Código de 1984- una solución distinta, utilizando -inclusive- una expresión errónea, que se inspiró en el Código Napoléon: "demanda de intereses", y sin prever la mora del acreedor. Sin embargo, en el Código Civil de 1984 se optó por una solución diferente, porque el dolo o culpa, requisitos de la mora, son personales y no desplazables a los demás codeudores. Si éstos no están en mora, se presume que su contraparte les está prorrogando el plazo y, por tanto, no les cabe responsabilidad alguna.

Creemos, además, que la constitución en mora sólo debe afectar al deudor o acreedor que se encuentre en dicha situación. El lector podría cuestionar nuestra afirmación al pensar que al ser solidarios, si uno se encuentra en mora, todos deben estar en la misma condición. Pero esto no es necesariamente así, ya que podría darse el caso de que, si bien todos ellos sean deudores o acreedores solidarios, hayan asumido la obligación con modalidades diferentes, entre las cuales, incluso, podrían encontrarse el plazo suspensivo o la condición del mismo carácter, situación que conduce a que el retraso culposo o doloso de uno de los codeudores o coacreedores no tenga por qué afectar a los demás.

Adicionalmente, podemos decir que la solución del artículo 1194 es coherente con el principio del artículo 1195 del propio Código.

En el Código Civil de 1936 la solución era incoherente; en el caso de mora se desplazaba la responsabilidad a los demás, pero

(12) Ver BARBERO, Doménico. Op. cit., Tomo III, Página 110.

en el caso de inejecución de la obligación sólo respondía por daños y perjuicios el culpable.

Debemos señalar, además, que el principio por el cual la constitución en mora de un codeudor o coacreedor solidario no surte efecto respecto a los demás (es decir que no los perjudica), al igual que aquel de que la constitución en mora del deudor por uno de los acreedores solidarios, o del acreedor por uno de los deudores solidarios, favorece a los otros (es decir que los beneficia), es asumido en idéntico sentido por el Código Peruano en otros dos preceptos: el artículo 1198, el mismo que establece que la renuncia a la prescripción por uno de los codeudores solidarios no surte efecto respecto de los demás (es decir que no los perjudica); en tanto que la renuncia a la prescripción en favor de uno de los acreedores solidarios, favorece a los demás (es decir que los beneficia). La otra norma que recoge el mismo principio es el artículo 1199, el mismo que establece que el reconocimiento de la deuda por uno de los deudores solidarios, no produce efecto respecto a los demás codeudores (es decir que no los perjudica); en tanto que si se practica el reconocimiento por el deudor ante uno de los acreedores solidarios, favorece a los otros (es decir que los beneficia).

La única regla del Código Civil que se encuentra en contradicción con los numerales 1194, 1198 y 1199, antes aludidos, es el artículo 1196, el mismo que establece que los actos mediante los cuales el acreedor interrumpe la prescripción contra uno de los deudores solidarios, surten efecto respecto de los demás deudores (es decir que los perjudica). En el otro extremo del mismo numeral 1196, el Código sí es fiel al principio contenido en los artículos 1194, 1198 y 1199, al prescribir que los actos mediante los cuales uno de los acreedores solidarios interrumpe la prescripción contra el deudor común, surten efecto respecto de los demás coacreedores (es decir que los beneficia).

Para concluir nuestros comentarios respecto de esta norma, debemos señalar que si la obligación fuese indivisible y solidaria, no habría problema alguno, ya que el artículo 1194 sería de aplicación a tal supuesto, de acuerdo con lo establecido por el artículo 1181, segundo párrafo del Código Civil.

Y si la obligación fuese divisible y solidaria, también se aplicaría el artículo 1194.

– Concordancias nacionales.

Reglas aplicables a las obligaciones indivisibles y mancomunadas y a las obligaciones indivisibles y solidarias, artículo 1181 del Código Civil / Mora del deudor, artículo 1333 del Código Civil / Mora del acreedor, artículo 1338 del Código Civil / Indemnización por mora del acreedor, artículo 1339 del Código Civil / Riesgo por imposibilidad de cumplimiento de la obligación, artículo 1340 del Código Civil.

(17) INTERRUPCION DE LA PRESCRIPCION CONTRA UNO DE LOS CODEUDORES O COACREEDORES.

Se aplica a las obligaciones indivisibles el artículo 1196, en virtud de lo dispuesto por el artículo 1181 del Código Civil.

Artículo 1196.- *"Los actos mediante los cuales el acreedor interrumpe la prescripción contra uno de los deudores solidarios, o uno de los acreedores solidarios interrumpe la prescripción contra el deudor común, surten efecto respecto de los demás deudores o acreedores."*

– Fuentes nacionales del artículo 1196.

Este artículo no registra antecedentes en el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836.*

En el *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836*, tenemos como antecedentes a los artículos 793: "Todo acto que interrumpe la prescripción en beneficio de uno de los acreedores, aprovecha a los demás"; y 800:

"Los procedimientos contra uno de los deudores **in solidum** interrumpen la prescripción para los demás."

El *Código Civil de 1852* trataba el tema en sus artículos 1292: "Todo hecho que interrumpe la prescripción respecto de uno de los acreedores solidarios aprovecha a los demás."; y 1299: "El cobro hecho a uno de los deudores solidarios, impide la prescripción respecto de los otros."; en tanto que el *Proyecto de Código Civil de 1890*, lo hacía en su artículo 1554: "Cualquier acto que interrumpe la prescripción en favor de uno de los acreedores solidarios, aprovecha a los demás; y cualquier acto que perjudica a uno de los deudores, perjudica a los otros."

El *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925*, regulaba la materia en el numeral 170: "Todo hecho que interrumpe la prescripción respecto de uno de los acreedores solidarios, aprovecha a los demás. Recíprocamente, el cobro hecho a uno de los deudores solidarios, impide la prescripción respecto de los otros."; mientras que el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926*, lo hacía en su artículo 161: "Todo hecho que interrumpe la prescripción respecto de uno de los acreedores solidarios, aprovecha a los demás. Recíprocamente, el cobro hecho a uno de los deudores solidarios, impide la prescripción respecto de los otros."; el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936*, en el artículo 1204: "Todo hecho que interrumpe la prescripción respecto de uno de los acreedores solidarios, aprovecha a los demás. Recíprocamente, el cobro a uno de los deudores solidarios, impide la prescripción respecto de los otros."; y el *Código Civil de 1936*, en el artículo 1214: "Todo hecho que interrumpe la prescripción respecto de uno de los acreedores solidarios, aprovecha a los demás. Recíprocamente, el cobro a uno de los deudores solidarios, impide la prescripción respecto de los otros."

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973*, regulaba el tema en el artículo 69: "Los actos mediante los cuales el acreedor interrumpe la prescripción contra uno de los

deudores solidarios, o bien uno de los acreedores solidarios interrumpe la prescripción contra el deudor común, tienen efecto respecto de los otros deudores o de los otros acreedores.- La suspensión de la prescripción respecto de uno de los deudores o de uno de los acreedores solidarios no tiene efecto respecto de los otros. Sin embargo, el deudor que haya sido constreñido a pagar puede repetir contra los codeudores liberados a consecuencia de la prescripción.- La renuncia a la prescripción hecha por uno de los deudores solidarios no tiene efecto respecto de los otros. El codeudor que ha renunciado a la prescripción no puede repetir contra los otros deudores liberados a consecuencia de dicha prescripción."; en tanto que el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980*, lo hacía en el artículo 75: "Los actos mediante los cuales el acreedor interrumpe la prescripción contra uno de los deudores solidarios, o uno de los acreedores solidarios interrumpe la prescripción contra el deudor común, surten efecto respecto de los demás deudores o acreedores."; el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981*, en el numeral 1217: "Los actos mediante los cuales el acreedor interrumpe la prescripción contra uno de los deudores solidarios, o uno de los acreedores solidarios interrumpe la prescripción contra el deudor común, surten efecto respecto de los demás deudores o acreedores."; y, finalmente, el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984*, lo hacía en el artículo 1164: "Los actos mediante los cuales el acreedor interrumpe la prescripción contra uno de los deudores solidarios, o uno de los acreedores solidarios interrumpe la prescripción contra el deudor común, surten efecto respecto de los demás deudores o acreedores."

– Fuentes y concordancias extranjeras.

Coinciden con el artículo 1196 del Código Civil Peruano, entre otros, los Códigos Civiles Italiano de 1942 (artículo 1310, primer párrafo), Uruguayo (artículo 1396, inciso 3), Venezolano de 1942 (artículo 1248), Boliviano de 1976 (artículo 446, inciso 1), Guatemalteco de 1973 (artículo 1361), Paraguayo de 1987 (artículo 517), Anteproyecto Paraguayo de Luis de Gásperi (artículo

986), Etíope (artículo 1912) y el Proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones y Contratos de 1927 (artículo 157).

El Código Civil Costarricense (artículo 670) establece que "la interrupción de la prescripción operada por uno de los acreedores, no aprovecha más que al acreedor que la ha interrumpido, conservándose el crédito totalmente en provecho del acreedor que hubiere interrumpido la prescripción, pero deberá indemnizar al deudor los derechos de sus coacreedores que estuvieren prescritos, en cuanto se aprovecharen de ellos. Del mismo modo, si uno de los codeudores ha sido interpelado, podrá éste ser demandado por el todo, con tal que el acreedor le reconozca las partes que sus codeudores libertados por la prescripción, hubieran soportado en el caso de permanecer obligados."

El Código Civil Mexicano (artículo 2001) establece que "cualquier acto que interrumpa la prescripción en favor de uno de los acreedores o en contra de uno de los deudores, aprovecha o perjudica a los demás."

Por su parte, pero en relación a las obligaciones indivisibles, el Código Civil Argentino (artículo 688) establece que prescrita una deuda indivisible por uno de los deudores contra uno de los acreedores, aprovecha a todos los primeros, y perjudica a los segundos; e interrumpida la prescripción por uno de los acreedores contra uno de los deudores, aprovecha a todos aquéllos y perjudica a todos éstos.

– *Análisis.*

En virtud de lo dispuesto por el artículo 1989 del Código Civil Peruano, la prescripción extingue la acción pero no el derecho mismo.

Respecto a la interrupción de la prescripción, recordamos que ella está contemplada por el artículo 1996 del Código Civil, norma en la cual se incluyen las cuatro causales siguientes: reconocimiento de la obligación; intimación para constituir en mora al

deudor; citación con la demanda o por otro acto con el que se notifique al deudor, aun cuando se haya acudido a un juez o autoridad incompetente; y oposición judicial de la compensación.

Como señala el Doctor Fernando Vidal Ramírez[1]:

"La interrupción se produce por hechos sobrevinientes al nacimiento de la acción. Consisten en una manifestación de voluntad emanada del prescribiente reconociendo el derecho de aquel contra el cual prescribe o en una manifestación de voluntad del propio titular del derecho. A diferencia de la suspensión, la interrupción destruye la eficacia del tiempo transcurrido e imposibilita el cumplimiento del curso prescriptorio ya iniciado."

El caso es distinto de lo que ocurre con la suspensión de la prescripción, pues cuando desaparece la causal de interrupción de la misma, se inicia un nuevo plazo prescriptorio, no sumándose al nuevo plazo el transcurrido con anterioridad a la interrupción.

Antes de entrar al análisis del artículo 1196 del Código Civil Peruano, debemos dejar en claro, siguiendo a Alterini, Ameal y López Cabana[2], que es criterio asumido por la doctrina que la prescripción de una obligación indivisible o solidaria ocurrida entre uno de los codeudores y uno de los coacreedores propaga sus efectos, beneficiando a los demás deudores y perjudicando a los demás acreedores. Este es el principio general con relación a la prescripción. Lo que haremos en adelante es estudiar, a la luz del artículo 1196 del Código, qué ocurre en relación a la interrupción de la prescripción en la solidaridad activa y en la solidaridad pasiva.

En virtud del artículo 1196 se establece que los actos mediante los cuales el acreedor interrumpe la prescripción contra

---

(1) VIDAL RAMIREZ, Fernando. En REVOREDO MARSANO, Delia. Op. cit., Tomo VI, Página 817.

(2) ALTERINI, Atilio Aníbal, AMEAL, Oscar José y LOPEZ CABANA, Roberto M. Op. cit., Tomo II, Página 203.

uno de los deudores solidarios, o uno de los acreedores solidarios interrumpe la prescripción contra el deudor común, surten efecto respecto de loTs demás deudores o acreedores. Esto quiere decir, en otros términos, que la interrupción de la prescripción contra uno de los deudores solidarios, perjudica a los demás; mientras que la interrupción de la prescripción de uno de los coacreedores frente al deudor común, beneficia a los demás coacreedores.

Este numeral está basado, en sus orígenes remotos, en la llamada "teoría de la representación". Consideramos que la razón de ser de este precepto, que es casi uniforme en las legislaciones de nuestra tradición jurídica, consiste en dar a la solidaridad un efecto adicional -respecto de la interrupción de la prescripción- al previsto para la mancomunidad. De no consignarse el precepto, podrían presentarse las mismas consecuencias, sobre el tema, tanto en la mancomunidad como en la solidaridad. Sin lugar a dudas, la norma es saludable, responde a la noción de solidaridad, y, por lo demás, nunca ha merecido cuestionamiento alguno, salvo las reservas conceptuales que luego formulamos.

Es esta una regla uniforme en las legislaciones, salvo casos excepcionales. Lo controvertido son sus fundamentos. Pothier, siguiendo el sistema romano, consideraba el principio como una consecuencia lógica de la unidad de la prestación: cada uno de los deudores solidarios lo es por el todo y, por consiguiente, interrumpida la prescripción contra uno de ellos, la interrupción se produce por el todo y la prescripción no puede ser ya invocada por los otros codeudores de la misma prestación.

Esta explicación, sin embargo, no es satisfactoria. En la obligación solidaria -observan algunos-, existe pluralidad de vínculos; cada uno de los codeudores está ligado al acreedor por un vínculo independiente y distinto del que lo liga a los otros y, por consiguiente, parece más lógico que los actos de interrupción de la prescripción contra uno de ellos no tengan influencia alguna contra los otros.

La regla del Código podría intentar explicarse más bien por la idea de la representación, a través de la cual (tal como fue

analizado en su momento), cada uno de los deudores es representante de los otros en todo lo destinado a conservar la obligación y, por lo tanto, todos ellos habrían estado representados por el deudor contra quien tuvo lugar la interrupción de la prescripción.

Sin embargo -como ha sido visto en su momento-, esta es una posición discutida en doctrina; y en el Perú fue combatida por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, quien sustentaba su tesis en la solidaridad legal, en la cual, según él, no cabe representación alguna. Por lo demás, cabe recordar que dicha teoría ha sido dejada de lado por la más autorizada doctrina de este siglo.

A decir de François Laurent(3), quien recuerda a Pothier, esto es una consecuencia de que cada uno de los deudores es deudor por el total, pues al interpelar el acreedor, interpeló para el total de la deuda; por lo tanto, él interrumpió la prescripción para todos, incluso para los deudores a quienes no interpeló, quienes a su vez, podrían oponer al acreedor la prescripción sólo en cuanto él no hubiese hecho uso de su derecho para la deuda por la que ellos están obligados; sin embargo, ellos no pueden pretender esto, pues la deuda que los compromete es la misma por la que se interpeló a su codeudor por el total. Recuerda Laurent que, sin embargo, Doneau hallaba insuficiente este argumento, al considerar que al haber en la obligación solidaria tantos vínculos como deudores, y dado que se considera a cada uno como deudor único, cree que sería necesario que cada uno fuese interpelado para que se interrumpa la prescripción contra él. Laurent, por su parte, señala que lo que Pothier dice de la unidad sería cierto si la deuda fuese indivisible, pero en materia de solidaridad, la unidad de la deuda no impide que cada deudor esté obligado por un lazo individual; y agrega que el principio de la solidaridad tiene además otra cara, que consiste en que se considera a todos los codeudores como uno solo y único deudor, o si se quiere, que están asociados, y como tales se dan entre sí la orden de conservar la deuda en el interés del acreedor, razón por la cual, al conser-

(3) LAURENT, François. Op. cit., Tomo XVII, Página 305.

var su derecho contra alguno de los deudores, el acreedor conserva su derecho contra los demás.

De Gásperi[4] también recuerda las observaciones que al respecto formularon, además de Laurent, Colmet de Santerre y Demolombe. El citado tratadista paraguayo[5] adopta la doctrina de Massé y Vergé, al entender que la regla que nos ocupa es una consecuencia de la naturaleza de la unidad de la obligación solidaria.

Por otra parte, observamos que en el Código Civil Alemán, el fundamento de la norma no reside ni en la doctrina del Derecho Romano y de Pothier de la unidad de la prestación, ni en el sistema de la representación, propuesto por eminentes tratadistas franceses. En el Código Alemán la regla tiene su fundamento por considerarse a la solidaridad como una estipulación tácita de indivisibilidad de pago.

Debemos señalar, adicionalmente, que el principio de la primera parte del artículo 1196 del Código Civil Peruano, ha suscitado -en otros países- controversias en relación a la posibilidad de aplicarlo a las diligencias judiciales. Recuerda Laurent[6] que se pretendió -en algún tiempo- que no se aplique este principio a dichas diligencias, invocando el viejo adagio por el cual el juicio no perjudica a aquellos que no fueran parte en la causa; precisa que es con un mal propósito que se citaba este adagio, pues no es el juicio el que interrumpe la prescripción, sino la demanda judicial, llegando a decir que es el acto del ujier que con la notificación tiene la fuerza para interrumpir la prescripción con respecto a todos.

Laurent también plantea el supuesto de la interrupción de la prescripción si llegase a morir uno de los codeudores. El citado autor belga precisa que si el codeudor deja solamente un heredero, el acreedor podrá interrumpir la prescripción obrando contra

(4) DE GASPERI, Luis. Op. cit., Tomo II, Páginas 141 y 142.
(5) DE GASPERI, Luis. Op. cit., Tomo II, Página 98.
(6) LAURENT, François. Op. cit., Tomo XVII, Página 306.

este heredero, pues el vínculo de la solidaridad, al ser convencional, pasa a los herederos de las partes contratantes. En cambio, si el deudor deja varios herederos, la deuda se divide entre ellos y cada uno está obligado sólo por su parte en la deuda; de lo que se deduce que para interrumpir la prescripción por el todo, el acreedor debe perseguir judicialmente a todos los deudores o a uno de los codeudores sobrevivientes. Ahora bien, si se demanda solamente a uno de los herederos, se interrumpirá la prescripción por su parte hereditaria contra él, y obviamente contra los codeudores del difunto; pero no se interrumpirá contra los demás herederos, pues los herederos no son solidarios entre sí, ya que al dividirse la deuda entre todos ellos, deberá interpelarse a todos para que se interrumpa la prescripción con respecto a todos ellos y a todos los codeudores. El parecer de Laurent también es compartido por Huc[7]. Estos conceptos son asumidos, además, por Giorgi[8], quien, refiriéndose al tema en aplicación de los Derechos Francés e Italiano, expresa que los actos interruptivos de la prescripción notificados a uno de los herederos, o el reconocimiento del derecho hecho por uno de ellos, no interrumpen la prescripción a favor de los otros herederos, excepto si la deuda es indivisible. Y el efecto interruptivo de estos actos, salvo -igualmente- la concurrencia de la indivisibilidad, ni aun se deja sentir respecto de los deudores primitivos, más allá de la cuota de la deuda correspondiente a la parte hereditaria del heredero, contra el que se verifica la interrupción; precisa que esto no es solamente una aplicación de la regla de que no se transmite la solidaridad a los herederos, sino que constituye también una confirmación de la regla misma, derivada directamente de la letra de la ley[9].

Consideramos que similares fundamentos a los expuestos

(7) HUC, Théophile. Op. cit., Tomo VII, Página 486.
(8) GIORGI, Giorgio. Op. cit., Volumen I, Página 199.
(9) Ver también BUSSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo IV, Página 90; DE GASPERI, Luis. Op. cit., Tomo II, Páginas 141 y siguientes; LAFAILLE, Héctor. Op. cit., Tomo VI, Volumen I, Páginas 206, 207, 231 y 232; ALTERINI, Atilio Aníbal, AMEAL, Oscar José y LOPEZ CABANA, Roberto M. Op. cit., Tomo II, Página 202; y BORDA, Guillermo A. Op. cit., Tomo I, Página 469.

respecto de la primera parte del artículo 1196 del Código Civil Peruano, se aplican a la segunda parte, cuando prescribe que los actos mediante los cuales uno de los acreedores solidarios interrumpe la prescripción contra el deudor común, surten efecto respecto de los demás acreedores. Recuerda Giorgi[10] que ya Justiniano establecía que la interrupción de la prescripción por un **correo stipulandi** favorecía también a los otros **correos**, lo mismo que ha sido dispuesto por los legisladores modernos.

Tal como lo dijimos en nuestro análisis del artículo 1194 del Código Civil Peruano, el artículo 1196, bajo comentario, no concuerda en uno de sus extremos con las soluciones doctrinarias previstas por los numerales 1194, 1198 y 1199 del propio Código, en el sentido de que la constitución en mora, la renuncia a la prescripción y el reconocimiento de la deuda por uno de los deudores solidarios, no surten efecto respecto de los demás codeudores (es decir que no los perjudica); ya que en el artículo 1196 se propagan los efectos de la interrupción de la prescripción contra uno de los deudores solidarios, respecto de sus demás codeudores. Como ha sido expuesto por nosotros en los párrafos precedentes, la solución dada al tema por el artículo 1196, bajo comentario, no repugna a la doctrina. Es más, un sector mayoritario la acepta. Pero, sin embargo, debemos reconocer que la posición del Código nacional en este extremo no concuerda con la asumida en los numerales 1194, 1198 y 1199 antes aludidos, razón por la cual, si buscásemos perfeccionar la técnica legislativa del Código Peruano, convendría que respecto de la propagación perjudicial de los efectos de los actos interruptivos de la prescripción contra uno de los deudores solidarios hacia los demás, se adoptase igual solución que la asumida por las tres normas aludidas.

Por último, cabe señalar que si la obligación fuese indivisible y solidaria, regirá el artículo 1196 (solidaridad) y el segundo párrafo del artículo 1181 (solidaridad aplicable a la indivisiblidad). Lo mismo sucederá cuando ella sea divisible y solidaria, por preceptuarlo así el artículo 1196.

---

(10) GIORGI, Giorgio. Op. cit., Volumen I, Página 101.

- ***Propuesta de eventual modificación legislativa del artículo 1196.***

Artículo 1196.- "Los actos mediante los cuales el acreedor interrumpe la prescripción contra uno de los deudores solidarios, no surten efecto respecto a los demás deudores. Sin embargo, el deudor constreñido a pagar puede repetir contra los codeudores, aun cuando estos hayan sido liberados por prescripción.

Los actos mediante los cuales uno de los acreedores solidarios interrumpe la prescripción contra el deudor común, surten efecto respecto de los demás acreedores. El acreedor que cobra, respecto al cual se hubiera interrumpido la prescripción, responde ante sus coacreedores de la parte que les corresponde en la obligación."

- ***Fundamento.***

En razón de lo expuesto al analizar el artículo 1196 del Código Civil, hemos considerado pertinente concordar las soluciones del mismo con aquellas previstas por los artículos 1194, 1198 y 1199.

En tal sentido, precisamos que los efectos de los actos interruptivos de prescripción efectuados por un coacreedor, favorecen a los demás coacreedores (es decir que los beneficia).

En cambio, los actos mediante los cuales el acreedor común interrumpe la prescripción contra uno de los deudores solidarios, no surten efectos respecto a los demás codeudores (es decir que no los deben perjudicar); en regla opuesta a la actualmente establecida por el artículo 1196 del Código nacional.

En razón de la modificación propuesta, es que incluimos como segundo párrafo del texto que planteamos, una precisión similar a la efectuada por el Código Civil en el segundo párrafo del artículo 1197 (relativo a la suspensión de la prescripción), dirigido a evitar el perjuicio, en las relaciones internas, del codeudor que

se vio obligado a pagar por no haber prescrito su deuda, el mismo que podrá repetir respecto de aquellos que se beneficiaron con la prescripción. Lo contrario resultaría una injusticia manifiesta.

– *Jurisprudencia peruana del artículo 1196.*

Sobre este punto, resulta de interés la siguiente Ejecutoria Suprema:

"El cobro hecho a uno de los deudores solidarios impide la prescripción respecto de los demás." Ejecutoria del año 1899. Anales Judiciales, Tomo VI, Página 598. (Artículo 1214 del Código Civil de 1936).

– *Concordancias nacionales.*

Reglas aplicables a las obligaciones indivisibles y mancomunadas y a las obligaciones indivisibles y solidarias, artículo 1181 del Código Civil / Interrupción de la prescripción, artículo 1996 del Código Civil.

OBLIGACIONES INDIVISIBLES	OBLIGACIONES SOLIDARIAS
(18) SUSPENSION DE LA PRESCRIPCION CONTRA UNO DE LOS CODEUDORES O COACREEDORES.	
Se aplica a las obligaciones indivisibles el artículo 1197, en virtud de lo dispuesto por el artículo 1181 del Código Civil.	**Artículo 1197.-** *"La suspensión de la prescripción respecto de uno de los deudores o acreedores solidarios no surte efecto para los demás.* *Sin embargo, el deudor constreñido a pagar puede repetir contra los codeudores, aun cuando éstos hayan sido liberados por prescripción. Y, a su turno, el acreedor que cobra, respecto al cual se hubiera suspendido la prescripción, responde ante sus coacreedores de la parte que les corresponde en la obligación."*

– *Fuentes nacionales del artículo 1197.*

Este artículo no registra antecedentes en el *Proyecto de Có-*

digo Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836; así como tampoco en el *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836;* en el *Código Civil de 1852;* en el *Proyecto de Código Civil de 1890;* en el *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925;* en el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926*; en el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936;* ni en el *Código Civil de 1936.*

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973,* reguló el tema en el numeral 69: "Los actos mediante los cuales el acreedor interrumpe la prescripción contra uno de los deudores solidarios, o bien uno de los acreedores solidarios interrumpe la prescripción contra el deudor común, tienen efecto respecto de los otros deudores o de los otros acreedores.- La suspensión de la prescripción respecto de uno de los deudores o de uno de los acreedores solidarios no tiene efecto respecto de los otros. Sin embargo, el deudor que haya sido constreñido a pagar puede repetir contra los codeudores liberados a consecuencia de la prescripción.- La renuncia a la prescripción hecha por uno de los deudores solidarios no tiene efecto respecto de los otros; hecha frente a uno de los acreedores solidarios, favorece a los otros. El codeudor que ha renunciado a la prescripción no puede repetir contra los otros deudores liberados a consecuencia de dicha prescripción."; en tanto que el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980,* lo hacía en el artículo 76: "La suspensión de la prescripción respecto de uno de los deudores o acreedores solidarios, no surte efecto para los demás.- Sin embargo, el deudor constreñido a pagar puede repetir contra los codeudores, aun cuando éstos hayan sido liberados por prescripción. Y, a su turno, el acreedor que cobra, respecto al cual se hubiera suspendido la prescripción, responde ante sus coacreedores de la parte que les corresponde en la obligación."; el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981,* lo hacía en el artículo 1218: "La suspensión de la prescripción respecto de uno de los deudores o acreedores solidarios, no surte efecto para los demás.- Sin embargo, el deudor constreñido

a pagar puede repetir contra los codeudores, aun cuando éstos hayan sido liberados por prescripción. Y, a su turno, el acreedor que cobra, respecto al cual se hubiera suspendido la prescripción, responde ante sus coacreedores de la parte que les corresponde en la obligación."; y, finalmente, el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984*, trataba sobre el particular en el artículo 1165: "La suspensión de la prescripción respecto de uno de los deudores o acreedores solidarios, no surte efecto para los demás.- Sin embargo, el deudor constreñido a pagar puede repetir contra los codeudores, aun cuando éstos hayan sido liberados por prescripción. Y, a su turno, el acreedor que cobra, respecto al cual se hubiera suspendido la prescripción, responde ante sus coacreedores de la parte que les corresponde en la obligación."

– Fuentes y concordancias extranjeras.

Coinciden con el artículo 1197 del Código Civil Peruano, entre otros, los Códigos Civiles Italiano de 1942 (artículo 1310, segundo párrafo), Uruguayo (artículo 1387), Boliviano de 1976 (artículo 446, inciso 2), y el Proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones y Contratos de 1927 (artículo 136).

Por su parte, el Código Civil de la Provincia de Québec, en su artículo 1110, remite el tema simplemente a las reglas generales sobre prescripción.

– Análisis.

La suspensión de la prescripción está contemplada por el artículo 1994 del Código Civil, el que señala los ocho supuestos en que ella ocurre. Estos son los siguientes: cuando los incapaces no están bajo la guarda de sus representantes legales; entre los cónyuges, durante la vigencia de la sociedad de gananciales; entre las personas comprendidas en el artículo 326 (vale decir, entre el varón y la mujer, libres de impedimento para contraer matrimonio, unidos de hecho por lo menos durante dos años continuos);

entre los menores y sus padres o tutores durante la patria potestad o la tutela; entre los incapaces y sus curadores, durante el ejercicio de la curatela; durante el tiempo que transcurra entre la petición y el nombramiento del curador de bienes, en los casos que procede; entre las personas jurídicas y sus administradores, mientras éstos continúen en el ejercicio del cargo; y, por último, mientras sea imposible reclamar el derecho ante un tribunal peruano.

La razón de esta norma sobre la suspensión de la prescripción es expuesta por el Doctor Fernando Vidal Ramírez, Ponente del Libro de Prescripción y Caducidad en la Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil de 1936. El nos dice[1] lo siguiente:

"El curso de la prescripción, que se inicia con el nacimiento de la acción, puede verse alterado por causas diversas, que se distinguen entre sí y que la doctrina universalmente aceptada las ha considerado como causales de suspensión y de interrupción, presentándose, así, las figuras de la suspensión y de la interrupción.

La norma (el artículo 1994) se refiere a la suspensión del curso prescriptorio, que consiste en el detenimiento del tiempo hábil para prescribir por causas concomitantes o sobrevinientes al nacimiento de la acción, independientemente de los sujetos de la relación jurídica, y siempre que estén previstos en la ley. Configurada la suspensión, el curso de la prescripción se detiene o paraliza, pero con efectos para el futuro, pues se conserva la eficacia del tiempo transcurrido."

El artículo 1995 declara que desaparecida la causa de la suspensión, la prescripción reanuda su curso, adicionándose el tiempo ya transcurrido. Esto quiere decir que el tiempo anteriormente transcurrido (antes de que se produjese la causal de sus-

(1) VIDAL RAMIREZ, Fernando. En REVOREDO MARSANO, Delia. Op. cit., Tomo VI, Página 815.

pensión) no se elimina, sino se suma al período prescriptorio que se origina a partir de cesada la causal de suspensión.

Una vez efectuadas estas precisiones, y retornando al campo de las obligaciones solidarias, debemos señalar que en virtud del primer párrafo del artículo 1197 se establece el principio de que la suspensión de la prescripción respecto de uno de los deudores no surte efectos para los demás codeudores; y que la suspensión de la prescripción respecto de uno de los acreedores solidarios no beneficia a sus demás coacreedores.

En tal situación, podría ocurrir que el deudor cuyo plazo de prescripción se hubiera suspendido fuese constreñido a pagar. En este caso dicho codeudor podría repetir contra sus codeudores, a fin de que le restituyan sus partes de lo pagado, incluso si estos otros codeudores (cuya prescripción nunca estuvo suspendida) hubiesen sido liberados por prescripción.

No obstante lo señalado, este principio ha suscitado debate en la doctrina de nuestra tradición jurídica. Justiniano guardó silencio al respecto. Recuerda Giorgi[2] que en lo relativo a la suspensión de la prescripción, los autores franceses del siglo XIX no estuvieron de acuerdo sobre los efectos que producía entre los codeudores. El Código Civil Italiano de 1865, sin embargo, resolvió la cuestión respecto a los acreedores solidarios, mas no el caso de concurrencia de varios deudores solidarios. Añade el citado autor, que en opinión de algunos (como Duvergier, Massé y Vergé y Lewandowsky), no debería extenderse de deudor a deudor el efecto de la suspensión de la prescripción. Giorgi se manifiesta contrario a este parecer, al considerar que ningún principio alejado de la equidad natural puede aplicarse por analogía si no existe seguridad de que, al hacerlo así, se interpreta rectamente la voluntad del legislador; agrega que no hay elemento alguno expresivo de la voluntad de éste, ni aun tácita, de aplicar a la suspensión de la prescripción entre deudores el principio establecido en dicho artículo respecto a varios acreedores. En palabras de

(2) GIORGI, Giorgio. Op. cit., Volumen I, Páginas 141 y 142.

Giorgi: "No se puede dudar que, aplicado a varios deudores solidarios este principio, va contra la equidad. Piénsese en sus consecuencias; piénsese que agrava, sin culpa suya, al deudor, en cuyo perjuicio quedará interrumpida la prescripción al privarle del derecho de recurrir contra el codeudor librado por la prescripción; y se pondrá de manifiesto con toda evidencia el contraste entre el principio mismo y la equidad natural. Ticio y Cayo, son deudores solidarios de mil liras; éste, puramente; aquel, por el término de cinco años. Sucederá que el tiempo necesario a Cayo para prescribir terminará cinco años antes que para Ticio, atendida la suspensión que hace del plazo señalado a la obligación del segundo. El acreedor requiere de Ticio el pago a los treinta y uno años de la fecha de la obligación. Si recordamos que la suspensión de la prescripción durante los cinco años del término tiene eficacia contra Ticio, y no contra Cayo, éste se verá libre por la prescripción, y Ticio deberá pagar por completo la deuda, sin poder ejercitar acción alguna contra Cayo, agravando injustamente la obligación de Ticio."

No obstante lo expresado por Giorgi, hay autores que aceptan el principio contrario. Alfredo Colmo[3] señala que lo extensivo de los efectos suspensivos de la prescripción se justifica, según se pretende, ante la circunstancia de que, siendo la obligación indivisible, no se concibe un régimen diverso en cuya virtud la prescripción exista en favor de un deudor y no de los demás, o en contra de un acreedor y no de los restantes, pues en el primer supuesto la obligación sería siempre exigible en su totalidad contra los deudores no beneficiados, como en el segundo podrían los acreedores no perjudicados reclamarla también en su integridad. Sin embargo, anota Colmo que no chocaría la solución contraria, ya que así como un acreedor puede perdonar apenas su parte en la deuda, y así como ese perdón no excluye el derecho de los demás acreedores para reclamar la prestación íntegra, sin perjuicio del derecho parcial del deudor perdonado, también es admisible que la prescripción pueda consumarse en favor de un deudor, cuando se trate de situaciones puramente personales y no objetivas, como serían las de la suspensión de la prescripción, que ha existido con respecto a los otros deudores y no con relación al deudor del supuesto; pues al fin y al cabo, lo del cumplimiento completo de la obligación no tiene que ver con el derecho total que en ella posean los acreedores o con la obligación integral que tengan en la misma los deudores, sino con la circunstancia puramente externa de lo indivisible de la prestación. Precisa Colmo que nada obsta, entonces, a que el derecho de uno de los acreedores pueda haberse perdido, sin que ocurra lo propio con el de los demás acreedores; y viceversa, nada impide que uno de los deudores se haya liberado, y que los restantes continúen obligados; todo ello sin perjuicio de que cuando se trate de circunstancias objetivas, como pueden ser las de la interrupción de la prescripción, por lo mismo que el derecho de cualquier acreedor para poder exigir la prestación (lo que se supone es hecho en beneficio de todos los acreedores), o el derecho de reclamarla contra cualquiera de los deudores (lo que implica que, en el concepto del legislador, tal demanda viene a resultar hecha contra todos los deudores personificados en aquél), se mantenga, sin muchos vicios de legitimidad por cierto, el efecto extensivo de los actos correspondientes[4] .

En el supuesto que uno de los acreedores se hubiese beneficiado con la suspensión de la prescripción de su acreencia, y este acreedor cobrase la integridad de la deuda, dicho acreedor deberá responder ante sus coacreedores por la parte que les corresponde en la obligación, entendiéndose, a pesar de que así no lo establece expresamente el Código Civil Peruano, que la acreencia respecto de estos últimos hubiese prescrito. Esta solución legislativa obedece a la naturaleza jurídica de la solidaridad. Giorgi[5], al abordar el tema, enseña que la precisión materia de nuestro comentario tiene por sentido evitar una interpretación absoluta del principio personal de la suspensión de la prescripción. En tal sentido, considera que la opinión de Demolombe y la de

(3) COLMO, Alfredo. Op. cit., Páginas 332 y 333.

(4) A este respecto ver también SALVAT, Raymundo M. Op. cit., Tomo II, Páginas 44 y 45.

(5) GIORGI, Giorgio. Op. cit., Volumen I, Páginas 142 y 143.

Rodiére -quienes se manifiestan partidarios de la interpretación absoluta- choca con un gravísimo obstáculo, pues de ninguna manera podrá sacrificarse injustamente al acreedor, haciéndole perder por prescripción toda acción para recuperar lo cobrado por el acreedor que se hubiese visto beneficiado. Con igual razón, podríamos aplicar estos razonamientos referidos al deudor que se benefició por la suspensión de la prescripción, en relación a sus codeudores. En tal sentido, Giorgi señala que conviene, a este respecto, adoptar una posición media, como proponen Larombiére y Colmet de Santerre, quienes conceden al deudor, en cuyo perjuicio queda en suspenso el curso de la prescripción, el derecho de hacer valer la prescripción misma por la sola parte de la deuda que, en las relaciones entre los mismos deudores solidarios, estuviera a cargo del deudor ya prescrito; considera que tal opinión atempera el rigor de los principios contrarios sobre la prescripción y sobre la solidaridad, que se hallan entre sí en pugna, y concilia, en cuanto es posible, los derechos del acreedor con los de los deudores.

Para concluir nuestros comentarios al artículo 1197 del Código Civil Peruano, debemos señalar que si la obligación fuese indivisible y solidaria, sería de aplicación dicho numeral, por acción directa, y en virtud de lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 1181 (aplicación de la solidaridad a las obligaciones indivisibles).

Y si la obligación fuese divisible y solidaria, se aplicarían las normas de la solidaridad, por mandato del artículo 1197.

– *Concordancias nacionales.*

Reglas aplicables a las obligaciones indivisibles y mancomunadas y a las obligaciones indivisibles y solidarias, artículo 1181 del Código Civil / Suspensión de la prescripción, artículo 1994 del Código Civil.

OBLIGACIONES INDIVISIBLES	OBLIGACIONES SOLIDARIAS
(19) RENUNCIA A LA PRESCRIPCION POR UN CODEUDOR O EN FAVOR DE UN COACREEDOR.	
Se aplica a las obligaciones indivisibles el artículo 1198, en virtud de lo dispuesto por el artículo 1181 del Código Civil.	**Artículo 1198**.- *"La renuncia a la prescripción por uno de los codeudores solidarios no surte efecto respecto de los demás. El deudor que hubiese renunciado a la prescripción no puede repetir contra los codeudores liberados por prescripción.* *La renuncia a la prescripción en favor de uno de los acreedores solidarios, favorece a los demás."*

– *Fuentes nacionales del artículo 1198.*

Este artículo no registra antecedentes en el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836*; en el *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836*; en el *Código Civil de 1852;* en el *Proyecto de Código Civil de 1890;* en el *Primer Anteproyecto de Libro Quinto,*

elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925; en el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926*; en el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936;* ni en el *Código Civil de 1936.*

Ya dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973*, trataba sobre el particular en su artículo 69: "Los actos mediante los cuales el acreedor interrumpe la prescripción contra uno de los deudores solidarios, o bien uno de los acreedores solidarios interrumpe la prescripción contra el deudor común, tienen efecto respecto de los otros deudores o de los otros acreedores.- La suspensión de la prescripción respecto de uno de los deudores o de uno de los acreedores solidarios no tiene efecto respecto de los otros. Sin embargo, el deudor que haya sido constreñido a pagar puede repetir contra los codeudores liberados a consecuencia de la prescripción. La renuncia a la prescripción hecha por uno de los deudores solidarios no tiene efecto respecto de los otros; hecha frente a uno de los acreedores solidarios, favorece a los otros. El codeudor que ha renunciado a la prescripción no puede repetir contra los otros deudores liberados a consecuencia de dicha prescripción."; en tanto que el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980,* lo hacía en su artículo 77: "La renuncia a la prescripción por uno de los codeudores solidarios, no surte efecto respecto de los demás. El deudor que hubiese renunciado a la prescripción, no puede repetir contra los codeudores liberados por prescripción.- La renuncia a la prescripción en favor de uno de los acreedores solidarios, favorece a los demás."; el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981*, en el artículo 1219: "La renuncia a la prescripción por uno de los codeudores solidarios, no surte efecto respecto de los demás. El deudor que hubiese renunciado a la prescripción, no puede repetir contra los codeudores liberados por prescripción.- La renuncia a la prescripción en favor de uno de los acreedores solidarios, favorece a los demás."; y, finalmente, el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984*, en el artículo 1166: "La renuncia a la prescripción por uno de los codeudores solidarios, no surte efecto respecto de los demás. El deudor que hubiese renunciado a la prescripción, no puede repetir

contra los codeudores liberados por prescripción.- La renuncia a la prescripción en favor de uno de los acreedores solidarios, favorece a los demás."

– Fuentes y concordancias extranjeras.

Coinciden con el artículo 1198 del Código Civil Peruano, el Código Civil Italiano de 1942 (artículo 1310, tercer párrafo), y el Código Civil Boliviano de 1976 (artículo 446, inciso 3).

– Análisis.

El artículo 1991 del Código Civil Peruano contempla la posibilidad de renunciar -expresa o tácitamente- a la prescripción ya ganada, entendiéndose que hay renuncia tácita cuando resulta de la ejecución de un acto incompatible con la voluntad de favorecerse con la prescripción.

A través del artículo 1198 se prevé que la renuncia a la prescripción por uno de los codeudores no surte efecto respecto de los demás, lo que equivale a decir que no los perjudica. Asimismo, el deudor que hubiese renunciado a la prescripción no podrá repetir contra los deudores liberados por la misma (ya que esto equivaldría a perjudicarlos por una vía distinta). En resumen, la regla es que la renuncia a la prescripción por uno de los codeudores genera efectos personales y no alcanza a los demás.

A falta de regulación por el Código Civil Italiano de 1865 sobre el tema relativo a la renuncia de la prescripción ya ganada por el deudor común, pero en relación a uno solo de los acreedores solidarios, Giorgi[1] precisa que en su parecer cabe esta posibilidad, pudiendo dicho deudor restringir -a su voluntad- el efecto de la renuncia a uno solo de los acreedores solidarios, con el fin de no pagar más que aquella parte del débito que constituiría la par-

(1) GIORGI, Giorgio. Op. cit., Volumen I, Página 21.

te del acreedor en cuyo favor renuncia a la prescripción. Señala que dicha renuncia, en efecto, no se hace con el objeto de impedir a los otros acreedores participar de éste pago. Y agrega que este se produce porque el deudor tiene indiscutible interés en liberarse del pago total, pero no tiene interés alguno en impedir que todos los acreedores participen del beneficio del pago parcial. El Código Civil Peruano de 1984 contempla, en el segundo párrafo de su artículo 1198, principio distinto al anotado por Giorgi. Así, contrariamente a lo que ocurre en relación al primer párrafo del artículo 1198 (que establece que la renuncia a la prescripción por uno de los codeudores solidarios no surte efecto respecto de los demás), dispone que la renuncia a la prescripción por parte del deudor común en favor de uno de los coacreedores solidarios, beneficie a los otros coacreedores en favor de los cuales no renunció a la prescripción; vale decir, que mantiene un principio contrario a aquel establecido para el caso de los deudores solidarios.

En este punto queremos precisar que el texto del artículo 1198 del Código Civil Peruano se encuentra en absoluta concordancia con lo establecido por los artículos 1194 (constitución en mora) y 1199 (reconocimiento de la deuda), en el sentido de que los efectos de la renuncia a la prescripción por uno de los codeudores solidarios no surte efecto respecto de los demás (es decir que no los perjudica); en tanto que la renuncia a la prescripción en favor de uno de los acreedores solidarios, favorece a los demás (es decir que los beneficia).

Como lo expresamos en su momento, el artículo 1198, al igual que los artículos 1194 y 1199, se encuentra, en uno de sus extremos, en contradicción con el principio que inspira al artículo 1196 del propio Código, en relación a los efectos de los actos interruptivos de la prescripción.

Por último, debemos señalar que si la obligación fuese indivisible y solidaria, se aplicaría el artículo 1198, por las reglas de la solidaridad y en virtud de lo previsto por el artículo 1181, segundo párrafo, que hace extensiva esta norma de las obligaciones solidarias a la obligación indivisible.

Y si la obligación fuese divisible y solidaria, se aplicaría, desde luego, el citado artículo 1198.

– ***Concordancias nacionales.***

Reglas aplicables a las obligaciones indivisibles y mancomunadas y a las obligaciones indivisibles y solidarias, artículo 1181 del Código Civil / Renuncia a la prescripción, artículo 1991 del Código Civil.

OBLIGACIONES INDIVISIBLES	OBLIGACIONES SOLIDARIAS
(20) RECONOCIMIENTO DE LA DEUDA POR UN CODEUDOR SOLIDARIO O POR EL DEUDOR FRENTE A UN COACREEDOR SOLIDARIO O A UN ACREEDOR.	
Se aplica a las obligaciones indivisibles el artículo 1199, en virtud de lo dispuesto por el artículo 1181 del Código Civil.	**Artículo 1199**.- "El reconocimiento de la deuda por uno de los deudores solidarios, no produce efecto respecto a los demás codeudores. Si se practica el reconocimiento por el deudor ante uno de los acreedores solidarios, favorece a los otros."

– Fuentes nacionales del artículo 1199.

Este artículo no registra antecedentes en los siguientes Códigos y Proyectos de Código: *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836; Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836; Código Civil de 1852; Proyecto de Código Civil de 1890; Primer*

Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925; Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926; Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936; y Código Civil de 1936.

Es dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, que se regula el tema; primero a través de la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973*, con su artículo 68: "El reconocimiento de la deuda hecho por uno de los deudores solidarios no tiene efecto respecto a los otros; si se hace por el deudor frente a uno de los acreedores solidarios favorece a los otros."; luego por el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980*, artículo 78: "El reconocimiento de la deuda por uno de los deudores solidarios, no produce efecto respecto a los demás codeudores. Si se practicara por el deudor ante uno de los acreedores solidarios, favorece a los otros."; por el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981*, artículo 1220: "El reconocimiento de la deuda por uno de los deudores solidarios, no produce efecto respecto a los demás codeudores.- Si se practicara por el deudor ante uno de los acreedores solidarios, favorece a los otros."; y, finalmente, por el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984,* en su artículo 1167: "El reconocimiento de la deuda por uno de los deudores solidarios, no produce efecto respecto a los demás codeudores.- Si se practica el reconocimiento por el deudor ante uno de los acreedores solidarios, favorece a los otros."

– *Fuentes y concordancias extranjeras.*

Coinciden con el artículo 1199 del Código Civil Peruano, entre otros, el Código Civil Italiano de 1942 (artículo 1309), Boliviano de 1976 (artículo 444), Venezolano de 1942 (artículo 1227, segundo párrafo) y el Proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones y Contratos de 1927 (artículo 135).

Por su parte, el Código Civil Uruguayo (artículo 1398, inciso 4) establece que produce el mismo efecto el reconocimiento de la deuda, verificado por uno de los codeudores.

El Código Civil Boliviano de 1976 (artículo 443) dispone que el juramento deferido por uno de los codeudores solidarios al acreedor o por uno de los coacreedores solidarios al deudor, o bien por el acreedor a uno de los codeudores solidarios o por el deudor a uno de los coacreedores solidarios, respecto a la deuda, produce los efectos siguientes:- 1) El juramento negado por el acreedor o deudor o bien prestado por el codeudor o el coacreedor, favorece a los otros codeudores o coacreedores.- 2) El juramento prestado por el acreedor o el deudor o bien negado por el codeudor o coacreedor, perjudica a quien lo ha deferido o a aquél a quien fue deferido.

– *Análisis.*

En virtud de lo dispuesto por el artículo 1205 del Código Civil Peruano, se establece que el reconocimiento de una obligación puede efectuarse por testamento o por acto entre vivos. Se señala, además, que en este último caso si para constituir la obligación primitiva se hubiera prescrito alguna forma determinada, el reconocimiento deberá practicarse en la misma forma.

Según François Laurent(1), para que el reconocimiento de una obligación tenga el efecto de interrumpir la prescripción con respecto a todos los codeudores, es necesario que se produzca antes de que se cumpla la prescripción. De este modo -agrega Laurent- si se cumplió la prescripción, el reconocimiento que haga uno de los antiguos deudores sería inoperante con respecto a sus codeudores, puesto que ya no sería una interrupción de la prescripción, pues al haberse extinguido la deuda, no podemos estar frente a una cuestión de prescripción; lo que nos llevaría a estar en presencia de una renuncia a los efectos de la prescripción ya ganada. A entender de Laurent, esta sería una renuncia ajena a aquellos que no renunciaron a la deuda; precisa que se invocaría vanamente a la solidaridad, ya que no queda nada de ésta, porque ya no hay obligación.

(1) LAURENT, François. Op. cit., Tomo XVIII, Página 307.

Por su parte, Giorgi[2] reitera que cuando se habla de reconocimiento, se entiende siempre referido a un acto anterior a la prescripción ya ganada; agrega, con respecto a la renuncia de la prescripción ya consumada, que cada deudor solidario puede, en beneficio del acreedor, renunciar a la prescripción ganada; respondiendo de manera unánime los autores que dicho acreedor no podrá valerse de la renuncia de un deudor contra los otros coobligados que no hayan renunciado.

Los efectos previstos para el reconocimiento de la obligación por el artículo 1199 del Código Civil son exactamente los mismos que aquellos contemplados en el artículo 1198 del mismo cuerpo legislativo. Así, el reconocimiento de la deuda por uno de los deudores solidarios, no perjudica a los demás codeudores; mientras que el reconocimiento de la obligación por el deudor común ante uno de los acreedores solidarios, sí favorece a los demás.

En este punto queremos precisar que el artículo 1199 del Código Civil Peruano, se encuentra en absoluta concordancia con lo dispuesto por los artículos 1194 (referido a la constitución en mora) y 1198 (renuncia a la prescripción), en el sentido de que el reconocimiento de la deuda por uno de los deudores solidarios, no produce efecto respecto a los demás codeudores (es decir, que no los perjudica); en tanto que si se practica el reconocimiento por el deudor ante uno de los acreedores solidarios, dicho reconocimiento favorece a los otros acreedores (es decir, que los beneficia).

No está demás recordar que los principios que inspiran al artículo 1199 se enfrentan, en uno de sus extremos, al recogido por el artículo 1196 del propio Código, referente a los actos interruptivos de la prescripción, tal como oportunamente lo señalamos.

Debemos agregar que si la obligación fuese indivisible y solidaria, regirá el artículo 1199, que legisla la solidaridad, y el artículo 1181, segundo párrafo, del propio Código Civil, que aplica para los casos de indivisibilidad las reglas de la solidaridad.

---

(2) GIORGI, Giorgio. Op. cit., Volumen I, Página 269.

Y si la obligación fuese divisible y solidaria, se aplicaría el artículo 1199 comentado.

– Concordancias nacionales.

Reglas aplicables a las obligaciones indivisibles y mancomunadas y a las obligaciones indivisibles y solidarias, artículo 1181 del Código Civil / Formalidad del reconocimiento, artículo 1205 del Código Civil.

(21) RENUNCIA DEL ACREEDOR A LA INDIVISIBILIDAD O A LA SOLIDARIDAD.

No hay norma respecto a la renuncia de la indivisibilidad, pero, en principio, es obvio que no podría renunciarse a ella, salvo en el caso de que no fuese una indivisibilidad derivada de la naturaleza de la prestación, sino anticipadamente impuesta por la voluntad.

Artículo 1200.- *"El acreedor que renuncia a la solidaridad en favor de uno de los deudores, conserva la acción solidaria contra los demás.*

El acreedor que otorga recibo a uno de los deudores o que acciona judicialmente contra él, por su parte y sin reserva, renuncia a la solidaridad."

– Fuentes nacionales del artículo 1200.

Este artículo no registra antecedentes en el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836.*

El *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836* trataba el tema en dos de sus normas, los artículos 804: "El acreedor que consiente en la división de la deu-

da a favor de uno de los deudores, conserva su acción **in solidum** contra los otros, deducida la parte del deudor, a quien ha descargado de la mancomunidad."; y 805: "El acreedor que recibe separadamente la parte de uno de los deudores, sin reservar en el finiquito o carta de pago la mancomunidad y sus derechos en general, no renuncia la mancomunidad, sino respecto de este deudor. Si el acreedor recibe de uno de sus deudores una suma igual a la que éste se había obligado a pagar, no se juzgará que le ha perdonado la mancomunidad, si el finiquito no lleva la cláusula, de que la suma es por su parte. Lo mismo sucede con la simple demanda formada contra uno de los deudores por su parte, cuando no ha satisfecho a la demanda, o no ha habido un juicio de condenación."; en tanto que el *Código Civil de 1852*, no registraba antecedentes al respecto.

El *Proyecto de Código Civil de 1890* legislaba sobre el particular en su artículo 1547: "La obligación solidaria deja de serlo, si el acreedor renuncia expresamente la solidaridad, consintiendo en que se divida la deuda entre los deudores; pero, si renuncia la solidaridad sólo en provecho de alguno o de algunos de los deudores, la obligación continúa solidaria para los otros, con deducción de la cuota correspondiente al deudor o deudores dispensados de la solidaridad."; en tanto que el *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925,* no trataba el punto; al igual que el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926*; el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936;* y el *Código Civil de 1936.*

La *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973*, se ocupaba de la materia en el artículo 70: "El acreedor que renuncia a la solidaridad a favor de uno de los deudores conserva la acción solidaria contra los otros.- Renuncia a la solidaridad: 1) El acreedor que otorga a uno de los deudores recibo por la parte de él sin reserva alguna; 2) El acreedor que haya accionado judicialmente contra uno de los deudores por la parte de él, si éste se ha allanado a la demanda, o si se ha pronunciado una sentencia de condena."; en tanto que el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi,*

del año 1980, lo hacía en el artículo 79: "El acreedor que renuncia a la solidaridad en favor de uno de los deudores, conserva la acción solidaria contra los demás.- El acreedor que otorga recibo a uno de los deudores o que acciona judicialmente contra él, por su parte y sin reserva, renuncia a la solidaridad."; el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981,* trataba el tema en el numeral 1221: "El acreedor que renuncia a la solidaridad en favor de uno de los deudores, conserva la acción solidaria contra los demás.- El acreedor que otorga recibo a uno de los deudores o que acciona judicialmente contra él, por su parte y sin reserva, renuncia a la solidaridad."; en tanto que el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984*, lo hacía en el artículo 1168: "El acreedor que renuncia a la solidaridad en favor de uno de los deudores, conserva la acción solidaria contra los demás.- El acreedor que otorga recibo a uno de los deudores o que acciona judicialmente contra él, por su parte y sin reserva, renuncia a la solidaridad."

– *Fuentes y concordancias extranjeras.*

Coinciden con el artículo 1200 del Código Civil Peruano, los Códigos Civiles Italiano (artículo 1311), Uruguayo (artículo 1400), Boliviano de 1976 (artículo 448, inciso 1), Paraguayo de 1987 (artículo 511, segunda parte), Guatemalteco de 1973 (artículo 1367 - similar al primer párrafo del artículo 1200 Peruano-), el Proyecto de Código Civil Brasileño de 1975 (artículo 280, parágrafo único - similar al primer párrafo del artículo 1200 Peruano-), el Proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones y Contratos de 1927 (artículo 141 -similar al primer párrafo del artículo 1200 Peruano-) y el Código de la Provincia de Québec (artículo 1119).

Adicionalmente, podemos mencionar que el Proyecto Franco-Italiano establece (artículo 142) que se presume que el acreedor renuncia a la solidaridad en favor de uno de los deudores: 1) Si el recibo que acredita el pago por la parte de esa deuda no hace reserva de la solidaridad o sus derechos en general.- 2) Si ha demandado a uno de los codeudores por la parte de la deuda de aquel en el caso que haya un asentamiento de la demanda o un juicio de condenación.

Por su parte, el Código Civil Chileno (artículo 1517) y el Código Ecuatoriano (artículo 1560) señalan que la renuncia expresa o tácita de la solidaridad de una pensión periódica se limita a los pagos devengados, y sólo se extiende a los futuros cuando el acreedor lo exprese.

De otro lado, debe precisarse que el Código Civil Argentino (artículo 704) prescribe que la obligación solidaria perderá su carácter en el único caso de renunciar el acreedor expresamente a la solidaridad, consintiendo en dividir la deuda entre cada uno de los deudores. Pero si renunciare a la solidaridad sólo en provecho de uno o de algunos de los deudores, la obligación continuará solidaria para los otros, con deducción de la cuota correspondiente al deudor dispensado de la solidaridad.

El Código Civil Hondureño de 1906 (artículo 1406) establece que "el acreedor puede renunciar expresa o tácitamente la solidaridad respecto de uno de los deudores solidarios o respecto de todos. Se renuncia tácitamente en favor de uno de ellos, cuando se ha exigido o reconocido el pago de su parte o cuota de la deuda, o en la carta de pago sin la reserva especial de la solidaridad o sin la reserva general de su derecho. Pero esta renuncia expresa o tácita no extingue la acción solidaria del acreedor contra los otros deudores por toda la parte del crédito que no haya sido cubierta por el deudor a cuyo beneficio se renunció la solidaridad. Se renuncia la solidaridad respecto de todos los deudores solidarios, cuando el acreedor consiente en la división de la deuda."

El Proyecto de Código Civil Colombiano (artículo 436), por su parte, puntualiza que el acreedor puede renunciar expresa o tácitamente la solidaridad respecto de uno de los deudores solidarios o respecto a todos. La renuncia es tácita en favor de uno de ellos, cuando le ha exigido o reconocido el pago de su parte o cuota de la deuda, expresándolo así en la demanda o en la carta de pago, sin la reserva especial de la solidaridad, o sin la reserva general de sus derechos. Pero esta renuncia no extingue la acción solidaria del acreedor contra los otros deudores, por toda la parte del crédito que no haya sido cubierta por el deudor o a cuyo beneficio se renunció la solidaridad. Se renuncia la solidaridad

respecto de todos los deudores solidarios cuando el acreedor consiente en la división de la deuda.

De otro lado, debemos mencionar que el Código Civil Uruguayo (artículo 1401) establece que el acreedor que reciba la parte de uno de los deudores, aunque no reserve en el resguardo la solidaridad o sus derechos en general, no se entiende que renuncia a la solidaridad, sino en lo que toca a ese deudor; agrega que no se considera que el acreedor exonera de la solidaridad al deudor, aun cuando reciba de él una suma igual a la parte que le corresponde, si no dice en el resguardo que la recibe por su parte. Lo mismo sucede con la demanda deducida contra uno de los deudores por su parte, si éste no se ha conformado con la demanda o no ha intervenido sentencia definitiva.

– *Análisis.*

El artículo 1200 del Código Civil Peruano de 1984 trata acerca de la posibilidad de que el acreedor común, en una obligación en la que existe solidaridad pasiva, renuncie a la solidaridad en favor de uno solo de los deudores. En este supuesto, por haber renunciado exclusivamente en favor de él, conservará la acción solidaria en contra de los demás.

Ya decía Pothier[1] que el derecho de solidaridad que un acreedor tiene contra varios deudores de una misma deuda, siendo un derecho establecido en su favor, no es dudoso que según la máxima **cuique licet juri in suum favorem introducto renuntiare**, un acreedor mayor que tiene la libre disposición de sus bienes puede renunciar al derecho de solidaridad. Puede renunciar, ya sea en favor de todos los deudores, consintiendo que la deuda se divida entre todos ellos; ya en favor de uno de los deudores a quien libera de la solidaridad, conservando su derecho de solidaridad contra los otros, de manera, sin embargo, que la exención dada a uno de ellos no perjudique a los otros.

---

(1) POTHIER, Robert Joseph. Op. cit., Páginas 228 y 229.

Como enseña Giorgi[2], la última excepción que podrán deducir siempre todos los deudores solidarios es el beneficio de división, el mismo que no concierne, en principio, a los coobligados solidariamente, pero la ley no les prohíbe ponerse de acuerdo con el acreedor y estipularlo, en cuyo caso cada uno lo podrá alegar por sí. Giorgi señala que es cosa digna de notarse que tal estipulación, como observa justamente Rodiére, no quita el carácter de solidaria a la obligación, pues, en efecto, cuando la obligación es a **pro rata**, la división tiene lugar **ipso iure**: cuando la obligación es solidaria, no tiene efecto el beneficio pactado si no la alega expresamente el deudor demandado; precisa que en la obligación **pro rata** la división tiene lugar también entre los deudores insolventes, equivaliendo esto a decir que su insolvencia no perjudica a los coobligados, sino más bien al acreedor. Agrega que en la obligación solidaria el beneficio pactado produce sus efectos sólo respecto a aquellos deudores solventes en el momento en que se dedujo, de manera que la insolvencia de cualquiera de los deudores coobligados perjudicará a los demás que fueran solventes.

De Gásperi[3] precisa que la limitación de la acción del acreedor que ha consentido en la división de la deuda, en cuanto no puede accionar contra los otros, sino hecha deducción de la parte del liberado de la solidaridad, no es aceptada sin discusión por los civilistas franceses; recuerda que Delvincourt, Duranton, Larombiére, Aubry y Rau y otros, estiman evidente que el artículo 1210 del Código Civil Francés supone que el acreedor ha liberado de la solidaridad a uno de los deudores, sea por haberle condonado su cuota parte en la deuda o por haber recibido de él su importe; señala que si así no fuese, no se comprendería por qué el acreedor se vería en la situación de exigir la totalidad de los otros codeudores. Se pregunta Delvincourt qué puede resultar de la remisión de la solidaridad, hecha pura y simplemente a uno de los codeudores. A esto, se responde Delvincourt, no otra cosa, sino que en adelante sólo este deudor podría ser perseguido por su

(2) GIORGI, Giorgio. Op. cit., Volumen I, Página 160.
(3) DE GASPERI, Luis. Op. cit., Tomo II, Páginas 77 y 78.

cuota. Pregunta tambíen qué impediría al acreedor perseguir a cualquiera de los codeudores por la totalidad de la deuda, agregando que en el supuesto de no haber habido remisión en la solidaridad, el codeudor que ha pagado la totalidad no puede accionar contra los otros codeudores, sino por la parte de cada uno, siguiéndose en la hipótesis propuesta, que la solidaridad remitida a uno de ellos, deviene para los otros en una circunstancia indiferente, que no puede perjudicarles ni beneficiarles. Concluía Delvincourt su razonamiento señalando que si el acreedor ha remitido la solidaridad a uno de los deudores, pero sin recibir su parte en la obligación, y sin descargarle la deuda, nada le impide accionar contra cualquiera de los otros, por el total de la deuda.

Finaliza De Gásperi expresando que Barde, en la obra de Baudry-Lacantinerie, fundándose en el texto expreso del artículo 1210 del Código Napoléon, rechaza esta distinción, pero no deja de reconocer que la restricción de la acción del acreedor que ha consentido en la división de la deuda, en cuanto no puede accionar contra los otros, sino hecha deducción de la parte del deudor liberado de la solidaridad, es injusta.

Por nuestra diremos que el segundo párrafo del artículo 1200 del Código Civil Peruano plantea dos formas por las cuales el acreedor común puede renunciar a la solidaridad en favor de uno de sus codeudores. La primera es aquella en la cual el acreedor otorga recibo al deudor, sin reserva alguna. Esta última expresión significa que en el mencionado recibo no se coloque ninguna observación en el sentido de que se acepta el pago parcial, pero que dicha aceptación no implica o conlleva renuncia alguna a la solidaridad pactada o establecida por ley. La segunda, que el acreedor promueva acción judicial contra uno de los codeudores solidarios, por su parte y sin reserva. La solución del precepto es de una lógica incontestable, pues los artículos 1201 y 1203, que luego analizaremos, prevén, finalmente, la distribución a prorrata de la prestación entre todos los codeudores, considerando la insolvencia de alguno de ellos.

Enseñaba Pothier[4] que se puede renunciar por un convenio expreso o tácito; reputándose haber renunciado tácitamente cuando se admite a cualquiera de los deudores que pague la deuda, por su parte, nominativamente. A entender de Pothier, la razón está cuando el acreedor da recibo en los siguientes términos a uno de sus codeudores solidarios: He recibido de un tal la cantidad de ... por su parte; le reconoce deudor de la deuda por una parte y, por consiguiente, consiente que no sea más solidario, ya que son dos situaciones opuestas la de ser deudor por una parte, y ser deudor solidario. Agrega Pothier que esta decisión no tiene lugar si el recibo por el cual declara el acreedor haber recibido de un tal por su parte, contiene una formal reserva por lo que se refiere a la solidaridad; pues los términos formales de los cuales el acreedor se reserva su derecho de solidaridad destruyen las consecuencias que se quisieran deducir de los términos "por su parte", empleados en el recibo, y de los que quisiera deducir la renuncia a la solidaridad. Y aun cuando se consintiera que estos términos, "por su parte", fueran también formales en favor de la renuncia a la solidaridad, de la reserva expresa de la solidaridad formal contra esta renuncia, no se seguiría otra cosa, sino que estos términos: "por su parte", y los otros: "sin perjuicio de la solidaridad", se destruirían recíprocamente, y que el recibo debería considerarse como si no contuviera ni los unos ni los otros; en cuyo caso no puede perjudicar al derecho de solidaridad.

Sin embargo, señala Pothier que tal vez se opondrá que en este recibo, los términos: "sin perjuicio de la solidaridad", deben entenderse como una reserva que el acreedor hace de su derecho de solidaridad contra los otros codeudores, y no contra aquel a quien ha dado recibo, creyendo conciliarlos por este medio con los términos "por su parte" empleados en el recibo; considerando que esta explicación no tiene valor alguno, porque cuando en un recibo, como en todo otro acto, uno se reserva derechos, sin decir contra quien, es natural que eso se entienda de los derechos que se tienen contra aquel con quien se trata, o a quien se da recibo, y no de aquellos que uno tiene contra otros; agrega que se concilian de una manera más natural los términos: "por su parte", con la reserva de solidaridad, diciendo que en ese caso el acreedor que ha renovado su derecho de solidaridad ha entendido por los términos: "por su parte", no una parte de la cual ese deudor será considerado vis a vis de sus codeudores, sino por la parte por la cual ese deudor es efectivamente responsable de la deuda vis a vis de sus codeudores; cuya parte el acreedor ha tenido a bien recibir de él en dicho momento, salvo exigirle el resto, en virtud del derecho de solidaridad que tiene contra él y que se reserva. Así, entiende Pothier que cuando el recibo lleva: "sin perjuicio de mis derechos", es lo mismo que si dijera: "sin perjuicio de la solidaridad"; pues el derecho de solidaridad va comprendido en la generalidad de los términos: "sin perjuicio de mis derechos"; y es precisamente el derecho cuya reserva tiene mayor relación con el recibo que doy, y que sirve de correctivo a los términos: "por su parte", empleados en el recibo.

Por otra parte, según Pothier, cuando el acreedor ha dado a uno de sus codeudores solidarios recibo puro y simple por una cierta suma que constituye precisamente aquella de que el deudor es responsable vis a vis de sus codeudores, sin expresar que la ha recibido por su parte, no debe reputarse como habiendo renunciado a su derecho de solidaridad, y la decisión de la ley **Si creditoris** debe restringirse para su caso, que es aquel en que uno de los codeudores ha sido expresamente obligado a pagar su parte personal, **ex parte pro persona sua**. Por esa expresión escrita en el recibo que el acreedor recibe por la parte de ese deudor se saca la presunción de la renuncia a la solidaridad. Pero agrega Pothier que si el acreedor ha querido recibir de uno de sus deudores una parte de su deuda, que ese deudor solidario le debe por el total, no se debe de esto sólo deducir que ha querido descargarlo de la solidaridad, pues no hay en ese caso necesidad alguna de sacar esta consecuencia; y no debe deducirse sin necesidad, pues no puede presumirse que persona alguna renuncie a sus derechos: **nemo facile donare proesumitur**. Observa lo que decide la ley 8, I. D. de leg. I., en el ejemplo de dos herederos gravados por el testador solidariamente por la prestación de un legado, recordando el citado autor, que Pomponio decide para ese caso que al legatario que ha pedido, o ha recibido la parte de

(4) POTHIER, Robert Joseph. Op. cit., Páginas 229 y siguientes.

uno de los codeudores, no por eso se le debe reputar como habiéndole descargado de la solidaridad, y que se le puede exigir el resto; en tanto que Barthole pretende que en ese caso hay una diferencia entre los deudores solidarios por testamento, y aquellos que lo son por un acto entre vivos, mas esta distinción no se funda, según Pothier, en ninguna razón sólida.

A entender de Pothier, los términos de la ley **idem erit et, si alter partem solviesset**, deben entenderse en el caso en que el acreedor, sin haber hecho demanda alguna, recibe voluntariamente de uno de los deudores solidarios la cantidad a que asciende lo que ese deudor debía por su parte, sin decir en el recibo: "por su parte", como veremos. Así, cuando un acreedor ha requerido a uno de los deudores solidarios para que le pagara tal cantidad por su parte de la deuda, o cuando se le ha citado para pagar su parte de la deuda, se pregunta Pothier si se le reputa por esto haber dividido su deuda y haber sido ese deudor eximido de la solidaridad. Anota el citado autor que los doctos se han dividido en esta cuestión: Balde está por la afirmativa, y Barthole por la negativa. En palabras de Pothier, para la afirmativa se dirá que parece haber razón para decirlo, en su caso, como en el caso de la ley **Si creditoris** antes citada. En el caso de la ley, el acreedor que ha expresado en términos formales en el recibo que ha dado a uno de los deudores solidarios, que él había recibido tal suma "por su parte", por esos términos ha reconocido y consentido que no fuese deudor sino por su parte, y por consiguiente, que no fuera más deudor solidario, sino dos cosas opuestas, ser deudor por una parte, y deudor solidario. Se cuestiona Pothier si cuando un acreedor ha expresado en el requerimiento hecho a uno de los deudores solidarios, o en la demanda que ha presentado contra él, que le pide una suma tal "por su parte", podrá decirse igualmente por los términos "por su parte", que ha consentido en que ese deudor no sea más solidario; considerando que, por consiguiente, parece haber en ese caso la misma razón para decidir que el acreedor le ha eximido de la solidaridad, que es el caso de la ley **Si creditoris**. Por el contrario -dice Pothier-, por la negativa, hay costumbre de alegar la ley **Reos**, 23, cod. de fid., y la ley 8, I. D. de leg. 1, considerando que la ley **Reos** no parece decidir la cuestión; mas la ley 8, I, decide formalmente que un deudor solidario no está libre de la solidaridad por la petición que le ha hecho el acreedor de pagar su parte; puesto que decide que el acreedor, no obstante la demanda, no ha quedado excluido de pedir el resto a uno u otro de los acreedores, y, por consiguiente, también a aquel a quien había antes pedido su parte.

Según Pothier, la razón está en que siendo contratadas las deudas mediante el concurso de las voluntades del acreedor y del deudor, la renuncia no puede hacerse más que por un consentimiento contrario a las mismas partes; de donde se sigue que suponiendo que la demanda hecha a uno de los deudores solidarios de pagar su parte, encerrara una voluntad del acreedor para librarle de la solidaridad, sin que la voluntad del deudor haya concurrido a igual fin que la del acreedor, en tanto que el deudor no se haya adherido a esa demanda, y ofrecido, por consiguiente, pagar su parte, esta demanda no puede hacer adquirir al deudor derecho alguno, ni eximirle de la solidaridad, ni por consiguiente, impedir al acreedor aumentar sus conclusiones contra él, y pedirle el total de la deuda; en lo que, según Pothier, ese ejemplo difiere del de la ley **Si creditoris**, en que la voluntad del deudor que paga su parte de la deuda al acreedor, que quiere contentarse de ella, concurre con la del acreedor para la renuncia del resto.

Para finalizar, reflexiona Pothier sobre la circunstancia de que el deudor, demandado para que pague su parte, antes que el acreedor haya aumentado sus conclusiones contra él, ha pagado su parte, o ha ofrecido tan sólo pagarla. Le parece que en ese caso hay una entera paridad de razón para decidir lo mismo que para el caso de la ley **Si creditoris**, en favor de la descarga de la solidaridad. Es por esto que Pothier piensa que esos últimos términos de la ley 8, I. D. de leg. 1, **idemque erit et si alter partem solisset**, que constituyen un versículo separado en ese párrafo, deben ser restringidos al caso de un pago voluntario hecho sin que el recibo exprese que el acreedor ha pagado por su parte, y no deben entenderse de un pago hecho en consecuencia de requerimiento contra el deudor por el pago de su parte; señala que, igualmente, cuando mediante la demanda del acreedor contra uno de sus deudores solidarios por el pago de su parte, ha intervenido sentencia que le condena a pagar su parte, el acreedor ya no

puede pedirle el resto: la sentencia condenatoria suple a ese efecto la voluntad del deudor para la aceptación de la renuncia del resto.

Como expresa el Doctor León Barandiarán[5]:

"La solidaridad es renunciable. Varios códigos consagran al caso una disposición. En verdad, ella es superflua dentro de un cuerpo de leyes: el carácter de solidaria de una obligación no es sino una modalidad agregada a ésta. Si la solidaridad proviene **ex conventione**, se comprende, pues, que pueda obrar la renuncia. Y aun si aquella procede **ex lege**, pues la solidaridad impuesta no tiene el carácter de un **ius cogens**.

Tratándose de la solidaridad pasiva, la renuncia puede ser total o parcial, es decir, con relación a todos los deudores o a uno o algunos de ellos. En este último caso, la solidaridad se mantiene respecto a los otros deudores, pues como se dice, tal renuncia es **in personam** no es **in rem**.

Tratándose de la solidaridad activa, la renuncia hecha por uno de los acreedores, no perjudica a los otros."

Hasta aquí las palabras del maestro sanmarquino.

Debemos señalar, además, que si la obligación fuese indivisible y solidaria, debería aplicarse el artículo 1200, en virtud de lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 1181 del Código Civil.

Sin embargo, observamos que la aplicación del artículo 1200, para el caso en que la obligación solidaria también fuese indivisible, resultará en la mayoría de los supuestos imposible, ya que no cabría renuncia a la indivisibilidad cuando ésta proviniese de la naturaleza de la prestación. Sólo sería factible su aplicación al supuesto de una obligación indivisible y solidaria, cuando el carácter de indivisible haya sido impuesto exclusivamente por voluntad de las partes, siendo divisible, por su naturaleza, la prestación.

(5) LEON BARANDIARAN, José. Op. cit., Tomo II, Página 131.

Si la obligación fuese divisible y solidaria, sin lugar a dudas resultaría de aplicación el artículo 1200.

Antes de concluir nuestros comentarios acerca del artículo 1200 del Código Civil Peruano, queremos formular una reflexión. Para el caso de las obligaciones mancomunadas e indivisibles, y si la obligación consistiese en dar dinero u otra prestación divisible por naturaleza -pero convertida en indivisible por pacto- y el acreedor renunciara a la indivisibilidad respecto a uno de los codeudores, podría aplicarse, por analogía, el precepto citado.

– Concordancias nacionales.

Carácter expreso de la solidaridad, artículo 1183 del Código Civil / Exigibilidad del acreedor en caso de solidaridad pasiva, artículo 1186 del Código Civil / Prueba del pago, artículo 1229 del Código Civil / Retención del pago, artículo 1230 del Código Civil.

(22) RENUNCIA DEL ACREEDOR A LA INDIVISIBILIDAD O A LA SOLIDARIDAD, RESULTANDO INSOLVENTE OTRO U OTROS DE LOS DEUDORES.

No hay norma respecto a la renuncia de la indivisibilidad, pero ello podría ocurrir si la prestación y su objeto lo permitiesen, es decir, si se tratase de una indivisibilidad no natural, sino impuesta por la exclusiva voluntad de las partes.

Artículo 1201.- *"Si el acreedor renuncia a la solidaridad respecto de uno de los deudores, y alguno de los otros es insolvente, la parte de éste se distribuye a prorrata entre todos los codeudores, comprendiendo a aquel que fue liberado de la solidaridad."*

– Fuentes nacionales del artículo 1201.

Este artículo no registra antecedentes en el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836*; en el *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836;* en el *Código Civil de 1852*; en el *Proyecto de Código Civil de 1890*; en el *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925*; en el

Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926; en el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936;* ni en el *Código Civil de 1936.*

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, el tema era tratado por la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973,* en su artículo 72: "En el caso de renuncia del acreedor a la solidaridad frente a alguno de los deudores, si uno de los otros es insolvente, su parte de deuda se distribuye a prorrata entre todos los codeudores, comprendido a aquel que había sido liberado de la solidaridad."; en tanto que el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980,* lo hacía en el numeral 80: "Si el acreedor renuncia a la solidaridad respecto de uno de los deudores, y alguno de los otros es insolvente, la parte de éste se distribuye a prorrata entre todos los codeudores, comprendiendo a aquel que fue liberado de la solidaridad."; el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981,* en el artículo 1222: "Si el acreedor renunciara a la solidaridad respecto de uno de los deudores, y alguno de los otros es insolvente, la parte de éste se distribuye a prorrata entre todos los codeudores, comprendiendo a aquel que fue liberado de la solidaridad."; y, finalmente, el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984,* en el artículo 1169: "Si el acreedor renuncia a la solidaridad respecto de uno de los deudores, y alguno de los otros es insolvente, la parte de éste se distribuye a prorrata entre todos los codeudores, comprendiendo a aquel que fue liberado de la solidaridad."

– Fuentes y concordancias extranjeras.

Coinciden con el artículo 1201 del Código Civil Peruano, entre otros, los Códigos Civiles Costarricense de 1888 (artículo 650), que agrega "o cuya obligación hubiere dejado de existir por confusión o remisión"; Italiano de 1942 (artículo 1313), Venezolano de 1942 (artículo 1239), Venezolano de 1880 (artículo 1145), Boliviano de 1976 (artículo 448, inciso 2), Paraguayo de 1987 (artículo 511, primera parte), Portugués de 1967 (artículo 526), Guatemalteco de 1973 (artículo 1370, primera parte) y el Proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones y Contratos de 1927 (artículo 147).

– Análisis.

El artículo 1201 del Código Civil Peruano trata sobre las consecuencias de la renuncia del acreedor a la solidaridad respecto a uno de los codeudores, cuando resulta insolvente otro de los codeudores solidarios. Evidentemente, el precepto sólo regirá en los casos de solidaridad pasiva.

Se trata del mismo supuesto de hecho del artículo 1200, que acabamos de analizar, pero con la circunstancia adicional de que uno de los codeudores (distinto a aquel frente al cual el acreedor común renuncia a la solidaridad) deviniese en insolvente. En este caso, la parte de dicho deudor se distribuirá a prorrata entre todos los codeudores, incluyendo a aquel a quien el acreedor liberó de la solidaridad. Sin embargo, este último deudor sólo deberá su parte en la obligación, más la porción proporcional que resulte de la parte del codeudor insolvente distribuida entre los restantes codeudores. Ahora bien, con igual razonamiento resulta evidente que los codeudores no liberados de la solidaridad por el acreedor común seguirán en la misma condición de solidarios por el resto de la obligación. Pero en caso de insolvencia de alguno de quienes permanecen como codeudores solidarios, también deberán responder por la parte de tal insolvente en proporción a lo que les corresponda en las relaciones internas entre todos los codeudores.

Ya se preguntaba Pothier[1] si cuando hay varios deudores solidarios, y el acreedor ha liberado a uno de ellos, pierde enteramente la solidaridad o puede obrar contra cada uno de los otros solidariamente y bajo la deducción tan sólo de la parte de aquel a quien ha liberado, y de lo que aquel a quien ha liberado había tenido que llevar por su parte, de las porciones de aquellos de entre

(1) POTHIER, Robert Joseph. Op. cit., Páginas 227 y 228.

ellos que fueran insolventes. Salvat[2], al igual que Pothier, también acepta la solución afirmativa, pues, por una parte, no se comprendería por qué el deudor dispensado de solidaridad estaría obligado en el caso de insolvencia de alguno o algunos de los codeudores, y no lo estaría en el de insolvencia de todos ellos; mientras que, por otra parte, al dispensarle de la solidaridad, lo único que el acreedor ha entendido hacer, es dispensarlo de la obligación de anticipar los fondos para el pago total, pero sin modificar en lo más mínimo sus obligaciones para el caso de insolvencia.

De otro lado, Borda[3] señala que parece razonable que el acreedor no se perjudique más allá de lo que ha sido su intención presumible; entendiendo que en la intención presunta del acreedor, la liberación de la solidaridad no significa otra cosa sino que el deudor no tendrá que temer una demanda por el total; pero que si uno de los codeudores cae en insolvencia, le corresponde soportar su parte. Establece además Borda que si todos los codeudores hubieran caído en insolvencia, el deudor liberado de la solidaridad podrá ser demandado por el total; siendo esta la consecuencia necesaria de la solución adoptada.

No obstante lo señalado, aclara Borda que si de los términos de la renuncia resultase patente la intención del acreedor de liberar al deudor de todos los efectos de la solidaridad, la insolvencia de uno de los codeudores no pesará ya sobre el codeudor liberado, sino sobre el acreedor; mereciéndole también consideración especial el supuesto de la renuncia negociada, es decir, de la renuncia a la solidaridad consecuencia de un acuerdo entre el acreedor y el codeudor liberado, acuerdo al que se ha llegado como resultado de ventajas ofrecidas por el codeudor para obtener la liberación de la solidaridad; caso en el cual a Borda le parece que no hay motivos para interpretar restrictivamente la renuncia, sino que, por el contrario, la intención del codeudor que la ha negociado ha sido obtener una liberación lo más amplia posible, de la que resultará una completa desvinculación con el resto de los codeudores, sean o no insolventes.

(2) SALVAT, Raymundo M. Op. cit., Tomo II, Página 132.
(3) BORDA, Guillermo A. Op. cit., Tomo I, Páginas 478 y 479.

Por último, Borda analiza el caso en que la liberación de la solidaridad fuese posterior a la insolvencia de uno de los codeudores; considerando que si se probase que el acreedor conocía la insolvencia de uno de ellos, no obstante lo cual liberó de la solidaridad a otro, parece indudable que el deudor liberado no debe contribuir al pago de la parte del insolvente, que debe pesar exclusivamente sobre el acreedor; pareciendo manifiesta, en esta hipótesis, la intención del acreedor de liberarlo de todas las consecuencias de la solidaridad, inclusive la contribución a la parte del insolvente.

Por lo demás, hacemos de aplicación al artículo 1201 -**mutatis mutandis**-, nuestros comentarios relativos al artículo 1200, en lo referente a la renuncia a la indivisibilidad.

Para concluir, debemos señalar que si la obligación fuese indivisible y solidaria, se aplicaría el artículo 1201, por ser una norma propia de la solidaridad, en adición a lo previsto por el artículo 1181; y si fuese divisible y solidaria, regirá el mismo artículo 1201.

– *Concordancias nacionales.*

Insolvencia de uno de los codeudores solidarios, artículo 1204 del Código Civil.

OBLIGACIONES INDIVISIBLES	OBLIGACIONES SOLIDARIAS
(23) RENUNCIA DEL ACREEDOR A LA SOLIDARIDAD, RESPECTO DE PARTE DE LOS FRUTOS O INTERESES.	
No hay norma al respecto en lo referente a las obligaciones indivisibles.	**Artículo 1202**.- *"El acreedor que, sin reserva, recibe de uno de los deudores solidarios parte de los frutos o de los intereses adeudados, pierde contra él la acción solidaria por el saldo, pero la conserva en cuanto a los frutos o intereses futuros."*

– Fuentes nacionales del artículo 1202.

Este artículo no registra antecedentes en el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836.*

El *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836*, legislaba sobre el tema en el artículo 806: "El acreedor que recibe de uno de los deudores separadamente y sin reserva, los intereses de la deuda, pierde la mancomunidad de los devengados o caídos, mas no la de los que deben correr, ni la del capital, a menos que el pago debido haya

sido continuado por diez años."; en tanto que el *Código Civil de 1852,* no registraba antecedentes; al igual que el *Proyecto de Código Civil de 1890*; el *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925*; el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926;* el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936;* y el *Código Civil de 1936.*

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973*, regulaba el tema en su artículo 71: "El acreedor que recibe, separadamente y sin reserva, la parte de los frutos o de los intereses que está a cargo de uno de los deudores, pierde contra él la acción solidaria por los frutos o por los intereses vencidos, pero la conserva en cuanto a los futuros."; en tanto que el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980*, lo hacía en el numeral 81: "El acreedor que, sin reserva, recibe de uno de los deudores solidarios parte de los frutos o de los intereses adeudados, pierde contra él la acción solidaria por el saldo, pero la conserva en cuanto a los frutos o intereses futuros."; el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981,* en el artículo 1223: "El acreedor que, sin reserva, recibe de uno de los deudores solidarios parte de los frutos o de los intereses adeudados, pierde contra él la acción solidaria por el saldo, pero la conserva en cuanto a los frutos o intereses futuros."; y el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984*, en el numeral 1170: "El acreedor que, sin reserva, recibe de uno de los deudores solidarios parte de los frutos o de los intereses adeudados, pierde contra él la acción solidaria por el saldo, pero la conserva en cuanto a los frutos o intereses futuros."

– *Fuentes y concordancias extranjeras.*

Coinciden con el artículo 1202 del Código Civil Peruano, entre otros, los Códigos Civiles Italiano de 1942 (artículo 1312), Uruguayo (artículo 1402), Venezolano de 1942 (artículo 1235), Venezolano de 1880 (artículo 1142), Boliviano de 1976 (artículo 449) y el Proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones y Contratos de

1927 (artículo 143), el que preceptúa además que el acreedor que recibe sin reserva la parte de un codeudor en los frutos e intereses de la deuda, no pierde la solidaridad más que por los intereses vencidos y el capital, a menos que el pago dividido no haya continuado durante 16 años consecutivos.

Adicionalmente, el Código Civil Uruguayo (artículo 1402) precisa que el acreedor que recibe separadamente y sin reserva la parte de uno de los deudores en los intereses del crédito, aunque en el resguardo exprese que la recibe por la parte de éste, no pierde la solidaridad, sino en relación a los intereses vencidos; pero no a los frutos ni al capital, a no ser que el pago separado sea continuado por diez años.

– *Análisis.*

El artículo 1202 trata acerca del supuesto en que el acreedor de obligación solidaria reciba -sin reserva- de uno de los codeudores solidarios, parte de los frutos o de los intereses adeudados.

En este caso, no perderá la solidaridad respecto de dicho deudor con relación al capital adeudado, sino solamente sobre los frutos o intereses devengados. Esta renuncia no rige con relación a los frutos o intereses futuros (aún no devengados).

Sin lugar a dudas, el carácter solidario de la obligación principal o del capital, se traslada también a los frutos del mismo, que en el caso de las obligaciones dinerarias, al igual que en el mutuo de bienes consumibles, son los intereses.

Es claro que si, tal como lo establece el artículo 1200, cabe la renuncia por el acreedor a la solidaridad en favor de uno de los deudores, con mayor razón se puede decir que es posible que el acreedor renuncie, respecto a uno de los codeudores solidarios, a parte de los frutos o intereses adeudados. En estos casos, como hemos visto, la renuncia a la solidaridad de los frutos o intereses no se traducirá en una renuncia a la solidaridad sobre el

principal, ya que éste no sigue la suerte de lo accesorio.

En el mismo orden de ideas, podríamos decir que si la renuncia a la solidaridad se hubiese producido respecto al capital (supuesto del artículo 1200), dicha renuncia conllevará necesariamente la renuncia a la solidaridad para el cobro de los frutos o de los intereses adeudados; esto, en estricta aplicación del principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

– Concordancias nacionales.

Frutos, artículo 890 del Código Civil / Interés compensatorio e interés moratorio, artículo 1242 del Código Civil / Interés legal, artículo 1244 del Código Civil / Pago de interés sin fijarse la tasa, artículo 1245 del Código Civil / Ausencia de pacto de interés moratorio, artículo 1246 del Código Civil.

OBLIGACIONES INDIVISIBLES	OBLIGACIONES SOLIDARIAS
(24) DIVISION DE LA OBLIGACION EN LAS RELACIONES INTERNAS ENTRE LOS DIVERSOS CODEUDORES O COACREEDORES.	
Se aplica a las obligaciones indivisibles el artículo 1203, en virtud de lo dispuesto por el artículo 1181 del Código Civil.	**Artículo 1203**.- *"En las relaciones internas, la obligación solidaria se divide entre los diversos deudores o acreedores, salvo que haya sido contraída en interés exclusivo de alguno de ellos.* *Las porciones de cada uno de los deudores o, en su caso, de los acreedores, se presumen iguales, excepto que lo contrario resulte de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso."*

– Fuentes nacionales del artículo 1203.

Dentro de la legislación colonial, podemos mencionar, en lo relativo a la división del crédito o la deuda, a la *Novísima Recopilación*, Ley 10, Título I, Libro 10.

Ya dentro de la República, este artículo no registra antecedentes en el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836.*

En cambio, regula el tema el *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836,* con el numeral 807: "La obligación contraída mancomunadamente a favor del acreedor, se divide en rigor de derecho entre los deudores, que no están obligados entre sí más que por su parte cada uno."; en tanto que el *Código Civil de 1852*, no se pronuncia sobre el particular.

El *Proyecto de Código Civil de 1890* trata el punto en su artículo 1558: "El deudor solidario que cumple la obligación tiene derecho para exigir de sus codeudores el reembolso de la parte que les corresponde.- Son iguales las partes, de que son recíprocamente responsables los codeudores solidarios, si del convenio no resulta otra cosa."

El *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925*, no regula el tema; al igual que el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926*; el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936;* y el *Código Civil de 1936.*

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973*, legislaba sobre el particular en su artículo 58: "En las relaciones internas la obligación solidaria se divide entre los diversos deudores o entre los diversos acreedores, salvo que haya sido contraída en interés exclusivo de alguno de ellos.- Las partes de cada uno se presumen iguales, si no resultare otra cosa."; el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980*, lo hacía en el numeral 82: "En las relaciones internas la obligación solidaria se divide entre los diversos deudores o acreedores, salvo que haya sido contraída en interés exclusivo de alguno de ellos.- Las porciones de cada uno de los deudores o, en su caso, de los acreedores, se presumen iguales, salvo pacto en contrario."; en tanto que el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981*, lo hacía en el artículo 1224: "En las relaciones internas la obligación solidaria se divide entre los diversos deudores o acreedores, salvo que haya sido contraída en interés exclusivo de alguno de ellos.- Las porciones de cada uno de los deudores o, en su caso, de los acreedores, se presumen iguales, salvo que lo contrario resultara de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso."; y el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984*, en el artículo 1171: "En las relaciones internas la obligación solidaria se divide entre los diversos deudores o acreedores, salvo que haya sido contraída en interés exclusivo de alguno de ellos.- Las porciones de cada uno de los deudores o, en su caso, de los acreedores, se presumen iguales, excepto que lo contrario resulte de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso."

– Fuentes y concordancias extranjeras.

Coinciden con el artículo 1203 del Código Civil Peruano, entre otros, el Código Civil Italiano de 1942 (artículo 1298), el Uruguayo (artículo 1404), el Ecuatoriano (artículo 1565), el Chileno (artículo 1522), el Venezolano de 1942 (artículo 1238, primer párrafo), el Venezolano de 1880 (artículo 1144, primer párrafo), el Boliviano de 1976 (artículo 439), el Paraguayo de 1987 (artículo 523), el Anteproyecto Paraguayo de Luis de Gásperi (artículo 992), el Alemán (artículos 426: Los deudores solidarios están obligados a partes iguales en su relación recíproca, en tanto que otra cosa no esté determinada; y 430: Los acreedores solidarios están facultados a partes iguales en su relación recíproca, en tanto que otra cosa no esté determinada), el Argentino (artículo 717), el Etíope (artículo 1907, segundo párrafo), el Helénico (artículo 487), el Egipcio (artículo 171 -similar a la primera parte del artículo 1203 Peruano-) en tanto prescribe que el codeudor solidario tiene un recurso contra cada uno de los otros deudores por su parte; el Proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones y Contratos de 1927 (artículos 132 y 146) que establece regla semejante a la dispuesta por nuestro Código al prescribir en su artículo 146, primera parte, que: "El codeudor de una deuda solidaria que ha pagado por completo, no puede repetir contra los otros más que por la parte

de cada uno"; el Código Civil de la República de China de 1930 (artículo 281), y el Código Civil de la Provincia de Québec (artículo 1120) cuando señala que si la materia por la que fue contraída solidariamente la deuda, interesa únicamente a uno de los codeudores, éste está obligado por el íntegro en relación a sus codeudores, los que se consideran en relación a él como garantes.

El Código Civil de la República de China de 1930 regula en su artículo 280 a las obligaciones solidarias, señalando que el perjuicio y los gastos resultantes de hechos personales de un deudor solidario deben ser soportados por él.

Por su parte, y en relación a las obligaciones indivisibles, el Código Civil Argentino (artículo 689) establece que las relaciones de los acreedores conjuntos entre sí, después que uno de ellos hubiese cumplido una obligación divisible o indivisible, se regularán de la manera siguiente: 1º Cada uno de los acreedores conjuntos debe pagar una cuota igual o desigual, designada en los títulos de la obligación, o en los contratos que entre ellos se hubiesen celebrado.- 2º Si no hubiere títulos, o si nada se hubiese prevenido sobre la división del crédito o de la deuda entre los acreedores y deudores conjuntos, se atenderá a la causa de haberse contraído la obligación conjuntamente, a las relaciones de los interesados entre sí, y a las circunstancias de cada uno de los casos.- 3º Si no fuese posible reglar las relaciones de los acreedores o deudores conjuntos entre sí, se entenderá que son interesados en partes iguales, y que cada persona constituye un acreedor o un deudor.

Debemos mencionar también al Código Civil Uruguayo (artículo 1405), el mismo que establece que si el negocio que ha dado lugar a la deuda solidaria no interesare sino a uno de los codeudores, responderá éste de toda la deuda a sus correos que no serán considerados con relación a él, sino como sus fiadores.

-Análisis.

El artículo 1203 del Código Civil Peruano establece una presunción legal en el sentido de que en las relaciones internas la obligación solidaria se divide entre los diversos deudores o acreedores, salvo que hubiese sido contraída en interés exclusivo de alguno de ellos. Ya Pothier[1] decía que "cuando varias personas contratan una deuda solidariamente, no es más que vis a vis del acreedor que cada una de ellas es deudora del total; mas entre ellas sí, en cuanto a la parte solamente que ha tenido por personas juntas que hayan pedido a préstamo una cantidad para su devolución; o bien que hayan comprado una cosa, para cuyo pago se han obligado solidariamente para con el vendedor: si ellas han dividido entre sí de una manera igual la cantidad tomada a préstamo o la cosa comprada, cada una de ellas, bien que deudora del total vis a vis del acreedor, no es vis a vis de su codeudor, más que deudor de por sí de la mitad."

Igualmente, en virtud del segundo párrafo del artículo 1203 del Código Civil, se presume que la división de dicha participación es proporcional entre cada uno de los codeudores o coacreedores.

En realidad, no siempre tiene por qué contraerse una obligación en la que participen equitativamente -en interés- cada uno de los deudores o acreedores de la prestación.

Para ilustrar lo mencionado, vamos a citar un ejemplo:

Podría ocurrir que exista un contrato de mutuo (préstamo dinerario) en virtud del cual dos acreedores solidarios otorguen en préstamo a tres deudores de la misma condición solidaria, la suma de 60,000 soles, a ser devueltos sin interés alguno.

Pero sucede que el Acreedor 1 ha participado con 40,000 soles en el préstamo, mientras que el Acreedor 2 ha participado

---

(1) POTHIER, Robert Joseph. Op. cit., Páginas 216 y 217.

sólo con 20,000 soles. Y, en el caso de los deudores, podría ocurrir una situación similar, ya que el Deudor 1 ha recibido en su beneficio la suma de 30,000 soles, el Deudor 2, la cantidad de 20,000 soles y el Deudor 3, un monto de 10,000 soles.

En este ejemplo resulta evidente que en las relaciones internas no todos los acreedores ni todos los deudores tienen similar interés en la obligación. Al Acreedor 1 deberán pagarle los tres deudores la suma de 40,000 soles, pero no equitativamente, pues al Acreedor 1 le corresponderán del pago total de la deuda (pagable sólo solidariamente), las siguientes sumas: Del Deudor 1, 20,000 soles; del Deudor 2, 13,333.33 soles; mientras que del Deudor 3, 6,666.66 soles. Por su parte, respecto del Acreedor 2, éste recibirá un total de 20,000 soles (pues así se ha dividido el crédito con el acreedor 1). Debemos hacer hincapié en que dicho pago se efectuará de manera solidaria por los tres deudores frente a los dos acreedores, y que solamente estamos anotando qué porcentajes del monto que le corresponderá al Deudor 2, deberán ser sufragados por cada uno de los deudores (pero esto sólo en lo que respecta a la división interna de la deuda). Cada uno de los deudores, deberá contribuir en el pago solidario de la deuda (imaginariamente, respecto de dicho acreedor) en las proporciones que se indican: Del Deudor 1, 10,000 soles; del Deudor 2, 6,666.66 soles; mientras que del Deudor 3, la cantidad de 3,333.33 soles.

Todo esto nos lleva a concluir que el Deudor 1 contribuirá con un total de 30,000 soles, el Deudor 2, con 20,000 soles, mientras que el Deudor 3, con 10,000 soles, que exactamente representan las cantidades y porcentajes en cuyo interés contrajeron la deuda (el préstamo). Esto ya era señalado por el propio Pothier[2].

Resultan de interés los conceptos que en relación a este tema vierte Demolombe[3]. Este famoso exégeta francés, refiriéndose a las proporciones de los diversos codeudores en el caso de las obligaciones surgidas de los actos ilícitos, señala que las circunstancias particulares del hecho pueden dar a los jueces los elementos suficientes para considerar una repartición diferente, más legal y más equitativa; razón por la cual considera que en los casos mencionados, corresponderá a los jueces medir a cada uno su parte en la responsabilidad, en atención a la parte más o menos desigual en que tomó parte en el hecho, como a la importancia más o menos desigual, del beneficio que se pudo obtener. Critica Demolombe que Rodiére, a su vez, objetase las palabras que Pothier había dicho a este respecto. El jurista de Orléans manifestaba que "si la deuda solidaria procede de un delito cometido por cuatro particulares, cada uno es un deudor solidario frente a la persona contra quien se cometió el delito; pero entre ellos cada uno es deudor por la parte que tuvo en el delito, es decir por un cuarto." Demolombe entiende que el parecer de Pothier apuntaba a que a los jueces les corresponde repartir desigualmente, según las circunstancias, el monto de la deuda entre aquellos que por el mismo hecho sean responsables de una obligación.

Rodiére -esta vez junto a Larombiére- es también criticado por Giorgi[4], quien señala que los mencionados autores pretenden que el deudor solidario puede recurrir contra los coobligados, aún antes de haber efectuado un pago cualquiera, bastando -según ellos- que tal deudor esté dispuesto a pagar su parte para que pueda dirigirse contra los coobligados y constreñirlos a pagar la porción que les corresponda. El error de este parecer, según Giorgi, estriba en constituir una opinión demasiado absoluta, siendo necesario efectuar algunas distinciones. Así, si se trata de un deudor solidario no interesado en la deuda, puede competirle este derecho, porque, bajo el amparo de su calidad con relación a los coobligados, tendrá fundamento legítimo para ello. Sin embargo, si se tratase de un deudor solidario interesado en la deuda, no se encuentra un fundamento legítimo para la repetición antes de haber pagado, porque, con anterioridad al pago, no existe relación alguna de crédito y deuda entre los coobligados.

(2) POTHIER, Robert Joseph. Op. cit., Página 217.
(3) DEMOLOMBE, C. Op. cit., Tomo XXVI, Páginas 244 y 245.
(4) GIORGI, Giorgio. Op. cit., Volumen I, Páginas 180 y 181.

Agrega Giorgi que no ha faltado tampoco quien ha sostenido que la repetición debe tener lugar también cuando el deudor haya pagado, por culpa suya, anticipada o inútilmente, es decir, sin haber conseguido liberar a los coobligados; pero, a decir de Giorgi, esta es una opinión sin partidarios, habiendo demostrado su error Larombiére y Demolombe, quienes ponen en claro la identidad de los principios fundamentales que sobre este particular regulan la solidaridad. El autor italiano citado sostiene que el fundamento de la facultad de repetir no se encuentra tanto en el daño experimentado por el deudor que paga por otro, sino en el provecho que obtienen los demás codeudores por tal pago; razón por la cual se adhiere al planteamiento de Lewandowsky, en el sentido de que para ejercitar la repetición no bastaría a un deudor solidario presentar a los coobligados el título original de la obligación, pues dicho deudor podría haber obtenido del acreedor la entrega del título, no a causa de pago, sino por condonación de la deuda; y puesto que en tal hipótesis el deudor no habría experimentado daño alguno, le faltaría igualmente el fundamento indispensable del derecho de repetir; por lo que Giorgi concluye en que es preciso que el deudor demuestre haber obtenido la entrega del título por razón de pago.

Antes de concluir nuestros comentarios sobre el artículo 1203 del Código Civil, debemos subrayar, una vez más, que esta norma trata únicamente de las relaciones internas de los deudores y acreedores, que no afectan a la obligación solidaria. En una obligación solidaria cada acreedor cobra el íntegro y cada deudor responde por el íntegro. Las divisiones previstas en este numeral son únicamente las concernientes a las relaciones internas.

Respecto de las excepciones a la presunción de igualdad de las porciones, contempladas por el propio artículo 1203 del Código Civil Peruano de 1984, en su segundo párrafo, es decir: que lo contrario resulte de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso, consideramos que los dos primeros supuestos no requieren comentarios, ni mayores explicaciones o ejemplos. Respecto de la tercera hipótesis, vale decir, cuando lo contrario resulte de las circunstancias del caso, podemos decir que ella se refiere a la ausencia de pacto en el contrato, pero que de

él, y de las eventualidades de su entorno, se pueda inferir la desigualdad de las porciones.

Para el caso de la solidaridad pasiva, suponiendo que uno de los codeudores solidarios haya pagado la totalidad de la deuda, ¿tiene algún recurso contra sus codeudores?

La solución en el Derecho Romano es confusa. En la doctrina encontramos tres sistemas: (1) El primero, que niega en absoluto el recurso por considerarlo incompatible con la naturaleza de la obligación solidaria; el deudor que ha pagado la totalidad de la deuda -se sostiene en este sistema- ha pagado lo que debía y, por consiguiente, faltaría toda razón para concederle recurso alguno contra sus codeudores; (2) El segundo sistema, radicalmente opuesto al anterior, que establece como principio indiscutible el derecho del deudor para entablar el recurso; este recurso respondería al propósito de impedir que los codeudores se enriquezcan a costa de quien hizo el pago; (3) En un tercer sistema, intermedio entre los dos anteriores, se enseña que en la cuestión del recurso no puede darse una solución absoluta: el recurso procederá o no, según que entre los codeudores solidarios haya existido o no una comunidad de intereses.

El Código Civil Peruano de 1984 ha seguido el tercer sistema: el recurso procederá o no, según haya existido o no una comunidad de intereses. Si existe entre los codeudores solidarios una comunidad de intereses, el recurso procede en la medida del interés que cada uno tenga en la operación; las partes podrán ser iguales o desiguales. En nuestro Código, el legislador presume la existencia de esta comunidad. Así se desprende del artículo 1203 del Código Civil.

Si no existe entre los codeudores solidarios una comunidad de intereses, el peso de la obligación deberá ser asumido íntegramente por el deudor en cuyo interés fue contraída: si el pago fue hecho por otro codeudor, éste tendrá un recurso contra el verdadero obligado por la totalidad de su importe; si el pago fue hecho por el deudor interesado, él no tendrá, por el contrario, recurso al-

guno contra sus codeudores. Como dice Luis De Gásperi[5], suponen los Códigos Civiles la existencia de una comunidad de intereses entre los diversos codeudores, pero la convención que entre ellos se hubiese pactado, será la ley reguladora de sus relaciones mutuas; lo que equivale a decir que en las relaciones internas de los deudores entre sí, la obligación se divide por ministerio de la ley como si fuese simplemente mancomunada, lo cual significa que cada uno deberá su porción viril, salvo pacto en contrario. Agrega De Gásperi que esta convención, ajena a la solidaridad, puede obedecer, para alguno o varios de los deudores, a un puro sentimiento de amistad o al propósito de hacer un favor, circunstancia ésta que después del pago debe servir de base a la regulación del recurso; señala el citado tratadista paraguayo que en supuesto semejante, si el deudor en cuyo interés se constituyó la obligación y se obligó solidariamente, es el que paga la totalidad, no tendría recurso alguno contra los otros codeudores; y que si, por el contrario, yo que di mi firma de favor soy el que pago, podré exigir de él el reembolso de la totalidad.

Para ejercitar el recurso contra los otros codeudores se promovería, sin duda, la acción de subrogación prevista por el artículo 1260, inciso 1, del Código Civil. El codeudor solidario que hizo el pago se subrogaría en los derechos del acreedor. Debe tenerse presente que la subrogación establecida por el artículo 1260 del Código Civil operará respecto a la parte que en las relaciones internas tenía cada uno de los codeudores, conforme al artículo 1263 del mismo Código. Giorgi[6] es del mismo parecer, cuando se expresa de la siguiente manera: "Por lo demás, en cuanto al argumento inferido de la subrogación, no cabe responder en defensa de los Códigos que al pagar el deudor ocupa el lugar del acreedor, sino que se coloca en él al solo efecto de recobrar lo que le es debido. Más desde que lo debido no es otra cosa que la parte en que cada uno se halla interesado en la obligación solidaria." Pagada la deuda, queda extinguida la solidaridad. Según nos recuerda De Gásperi[7], la razón que se da sobre esta manera de

(5) DE GASPERI, Luis. Op. cit., Tomo II, Página 121.
(6) GIORGI, Giorgio. Op. cit., Volumen I, Página 182.
(7) DE GASPERI, Luis. Op. cit., Tomo II, Páginas 122 y 123.

regir el recurso entre los codeudores, no es una sola, aunque tal vez en el fondo sea así. Según Pothier, de otro modo, se caería en un circuito de acciones: "Aquél de mis codeudores, a quien yo habría hecho pagar la totalidad del crédito, deducción hecha de mi parte, tendría al pagar igual derecho a ser subrogado en las acciones del acreedor, con deducción de cuota; y en virtud de esta subrogación tendría derecho de exigirme, hecha deducción de su parte, lo que él me habría pagado, porque yo también estaría obligado solidariamente."

A entender de De Gásperi, ésta fue la explicación con que Bigot-Préameneu sustentó el artículo 1214 del Código Napoléon. Sin embargo, posteriormente, los intérpretes de este Código esbozaron diferentes razones al respecto. Nos dice De Gásperi que Colmet de Santerre estima que, siendo regla de la subrogación aquella según la cual el subrogado no puede obrar contra el subrogante, no existe el riesgo del circuito de acciones señalado por Pothier; razón por la cual justifica la limitación del recurso a la porción a que cada deudor está obligado, por la garantía de indemnizarse todo perjuicio derivado de la deuda común que los deudores solidarios se deben mutuamente los unos a los otros; motivo por el cual el codeudor garante no puede, al demandar por su parte al otro codeudor, ocasionarle un perjuicio que él mismo debe indemnizar. Señala De Gásperi que Demolombe, sin dejar de acoger esta explicación, pretende que el deudor que ha pagado con subrogación, ha extinguido la deuda común, tanto por parte de sus codeudores, cuanto por la suya; y que de este pago nacen en su favor créditos nuevos y distintos para recobrar de sus codeudores el anticipo hecho por él. Precisa el autor paraguayo citado que la acción recursoria que se le da no le corresponde por subrogación del acreedor, sino por derecho propio. Esta subrogación contraria al Derecho Romano, tiene su origen en los usos de Bretaña y su autoridad en el acento que le dieron Dumoulin y Duprac-Poullain, en el antiguo Derecho Francés; y Toullier, Zachariae, Delvincourt, Larombiére y Duranton en el moderno.

Por lo demás, este asunto ha sido solucionado por el Código Civil Peruano de 1984, a través de lo dispuesto en el artículo

1263, que llena un vacío de interpretación del Código Civil de 1936. En el seno de la Comisión Revisora del Código de 1852, que dio origen al Código de 1936, el Doctor Rosendo Badani Chávez, representante del Congreso Constituyente de la República ante dicha Comisión, planteó que se consignara en el Proyecto un precepto similar al que hoy recoge el artículo 1263 del Código de 1984, esto es que quien se subroga está autorizado a ejercitar los derechos del acreedor contra sus codeudores, sólo hasta la concurrencia de la parte por la que cada uno de éstos estaba obligado a contribuir para el pago de la deuda. Esta sugerencia, sin embargo, fue rechazada por el eminente Manuel Augusto Olaechea, por considerar obvio el asunto, ya que la generalidad de la doctrina se pronunciaba en ese sentido(8). Ello dio origen a que el Código de 1936, al prescribir en su artículo 1271 que la subrogación sustituía al subrogado "en todos los derechos y garantías del antiguo acreedor", podría interpretarse en el sentido de que los codeudores que no habían pagado se mantenían como obligados solidarios ante el codeudor subrogado, salvo los efectos de la consolidación o confusión en cuanto a su parte.

Señala De Gásperi, además, que Marcadé justifica la acción recursoria por la gestión de negocios; no encontrando otra explicación a la restricción del recurso, que la circunstancia de haberse limitado ésta a la porción de cada coobligado en la deuda, mereciendo esta idea la adhesión de Planiol; en tanto que Crome estima que el deudor que pagó tiene dos acciones: una personal, nacida **ex-mandato**, y la otra, la del acreedor, originada **ex-iure cesso**, que él puede acumular.

Barde, ante todas estas explicaciones del principio, optó por la tesis de Pothier, no tanto por ser la más convincente, sino por ser la única que conoció el legislador francés(9).

Un punto planteado por Guillermo A. Borda con relación al

(8) COMISION REVISORA DEL PROYECTO DE CODIGO CIVIL DE 1936. Actas de las sesiones. Sesión de 6 de agosto de 1936. Copias mecanografiadas. Lima, 1936.

(9) DE GASPERI, Luis. Op. cit., Tomo II, Página 124.

tema del artículo 1203 es el relativo al supuesto en el cual uno de los codeudores hubiese pagado una cantidad igual o menor a su parte en la obligación; se pregunta si dicho codeudor tendría acción de contribución contra sus codeudores. Señala Borda(10) que la cuestión ha sido discutida y no faltan quienes se deciden por la afirmativa, sosteniendo que el que paga, lo hace por todos, a todos beneficia, y es natural, por tanto, que el pago parcial haga nacer una acción de contribución al igual que el pago total. No compartimos plenamente el parecer de Guillermo A. Borda, al considerar que esta sería una solución atinente a una lógica demasiado rígida, y que contempla sólo un aspecto del problema; olvidándose que quien paga su parte o menos de ella, paga sólo lo que debe, de tal modo que la acción de contribución carece de sustento; a lo que se podría agregar que el punto complicaría absurdamente la liquidación de la deuda, al dar origen a un sinnúmero de acciones de contribución recíprocas; razón por la cual se puede concluir que sólo tiene acción de contribución el codeudor que ha pagado, pero únicamente por el exceso.

Por último, debemos señalar que si la obligación fuese indivisible y solidaria, regiría lo dispuesto por el artículo 1203, por aplicación directa y por remisión, pues se trata de un caso de indivisibilidad al que se refiere el artículo 1181, segundo párrafo, del Código Civil.

Y si fuese la obligación divisible y solidaria, es evidente que también se aplicaría el artículo 1203. En la misma medida en que si fuese indivisible y mancomunada regiría el mismo precepto, por remisión del primer párrafo del artículo 1181 del Código Civil.

– *Jurisprudencia peruana del artículo 1203.*

Sobre el tema de las relaciones internas de los acreedores o deudores solidarios, resulta pertinente la cita de la siguiente Ejecutoria Suprema:

(10) BORDA, Guillermo A. Op. cit., Tomo I, Página 476.

"Si los deudores solidarios son varios, cada uno de ellos tiene derecho de repetir contra los otros por la suma que hubiese pagado por su cuenta." "El Peruano", 21 de septiembre de 1943. (Artículo 1209 del Código Civil de 1936).

– *Concordancias nacionales.*

Obligaciones divisibles, artículo 1173 del Código Civil / Reglas aplicables a las obligaciones indivisibles y mancomunadas y reglas aplicables a las obligaciones indivisibles y solidarias, artículo 1181 del Código Civil / Subrogación, artículo 1263 del Código Civil / Alcances de la subrogación, artículo 1260, inciso 1, del Código Civil.

OBLIGACIONES INDIVISIBLES	OBLIGACIONES SOLIDARIAS
(25) INSOLVENCIA DE ALGUN CODEUDOR.	
Se aplica a las obligaciones indivisibles el artículo 1204, en virtud de lo dispuesto por el artículo 1181 del Código Civil.	**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."*

– *Fuentes nacionales del artículo 1204.*

El *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836,* no trataba sobre el particular.

Sí lo hacía el *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836*, en tres de sus normas, los artículos 808: "El deudor de una deuda **in solidum** que la haya satisfecho toda, no puede repetir contra los otros más que por la parte o porción que corresponde a cada uno. Si alguno se halla

insolvente, la parte que ocasiona su insolvencia se divide por contribución entre los demás coobligados, y el que ha hecho el pago."; 809: "En el caso en que el acreedor ha renunciado a la acción mancomunal en beneficio de uno de los deudores, si uno o muchos de los coobligados se hacen insolventes, la porción de éstos será distribuida proporcionalmente entre todos los deudores, incluso aun los que precedentemente hubiese eximido el acreedor de la mancomunidad."; y 810: "Si el motivo por que se contrajo la deuda no interese más que a uno de los coobligados, éste será el responsable a toda ella, y sus coobligados no serán con respecto a él sino como unos fiadores suyos."

En el *Código Civil de 1852* encontramos el artículo 1298: "Si alguno de los codeudores solidarios fuere insolvente, la falta que resulte será cubierta por todos los demás."; mientras que el *Proyecto de Código Civil de 1890* trataba el punto en varias normas, los artículos 1550: "Si, habiendo reclamado el acreedor, que tiene varios deudores solidarios, toda la deuda de cualquiera de ellos, resulta insolvente aquel de quien se ha exigido el cumplimiento de la obligación por entero, puede exigirlo de los demás; y si el acreedor ha reclamado sobre parte de la deuda, o de cualquiera otro modo ha consentido en que ésta se divida respecto de un deudor, puede reclamar el todo de los demás deudores, disminuida la deuda en la parte que corresponda al deudor exonerado de la solidaridad."; 1558: "El deudor solidario que cumple la obligación tiene derecho para exigir de sus codeudores el reembolso de la parte que les corresponde.- Son iguales las partes, de que son recíprocamente responsables los codeudores solidarios, si del convenio no resulta otra cosa."; y 1559: "Si alguno de los codeudores solidarios es insolvente, la parte que le corresponde, se distribuye proporcionalmente entre todos los demás."

Por su parte, el *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925*, no trataba sobre el tema, al igual que el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926*; el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936;* y el *Código Civil de 1936.*

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973*, toca el punto en su artículo 59: "El deudor solidario que ha pagado la totalidad de la deuda puede repetir de los codeudores solamente la parte de cada uno de ellos.- Si uno de éstos es insolvente, la pérdida se distribuye por contribución entre los otros codeudores, incluido aquél que haya hecho el pago.- La misma norma se aplica cuando sea insolvente el codeudor en cuyo exclusivo interés haya sido asumida la obligación."; el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980*, lo hace en el numeral 83: "Si alguno de los codeudores fuera insolvente, su parte se distribuirá entre los demás, de acuerdo con sus intereses en la obligación.- Si el codeudor en cuyo exclusivo interés fue asumida la obligación fuera insolvente, la deuda se distribuirá por partes iguales entre los demás."; en tanto que el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981*, lo hacía en el numeral 1225: "Si alguno de los codeudores fuera insolvente, su parte se distribuirá entre los demás, de acuerdo con sus intereses en la obligación.- Si el codeudor en cuyo exclusivo interés fue asumida la obligación fuera insolvente, la deuda se distribuirá por partes iguales entre los demás."; y, finalmente, el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984*, lo hacía en el numeral 1172: "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."

– Fuentes y concordancias extranjeras.

Coinciden con el artículo 1204 del Código Civil Peruano, entre otros, los Códigos Civiles Italiano de 1942 (artículo 1299, segundo y tercer párrafos -incluyendo a aquél que ha hecho el pago-), Portorriqueño de 1930 (artículo 1098, tercer párrafo), Panameño (artículo 1032, tercer párrafo), Uruguayo (artículo 1404), Ecuatoriano (artículo 1565), Venezolano de 1942 (artículo 1238, segundo párrafo), Venezolano de 1880 (artículo 1140, segundo

párrafo), Guatemalteco de 1973 (artículo 1359 -similar al primer párrafo del artículo 1204 Peruano-), Español (artículo 1145, último párrafo), Alemán (artículo 426: Si de un deudor solidario no puede ser obtenida la cuota que pesa sobre él, la falta ha de soportarse por los restantes deudores obligados a la nivelación), Argentino (artículo 717), Proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones y Contratos (artículo 146 -similar a la segunda parte al artículo 1204 Peruano-), y Egipcio (artículo 171 -similar a la segunda parte del artículo 1204 Peruano-).

El Código Civil Hondureño de 1906 (artículo 1412) establece que "el deudor solidario que haya pagado la deuda o la ha extinguido por alguno de los medios equivalentes al pago, queda subrogado en la acción del acreedor con todos sus privilegios y seguridades, pero limitada respecto de cada uno de los codeudores a la parte o cuota que tenga este codeudor en la deuda. Si el negocio para el cual ha sido contraída la obligación solidaria concernía solamente a alguno o algunos de los deudores solidarios, serán éstos responsables entre sí, según las partes o cuotas que les correspondan en la deuda, y los otros codeudores serán considerados como fiadores. La parte o cuota del codeudor insolvente se reparte entre todos los otros a prorrata de las suyas, comprendidos aun aquellos a quienes el acreedor haya exonerado de la solidaridad."

Por su parte, el Código Civil de la República de China de 1930, en su artículo 282, agrega que si la imposibilidad de reembolsar se debe a la falta de ese último deudor, éste no tiene derecho a demandar a sus codeudores para que soporten la parte de su deuda.

– *Análisis.*

El artículo 1204 regula el supuesto de insolvencia de alguno de los codeudores. El principio general es que si alguno fuese insolvente, su porción se distribuiría entre los demás, en estricta proporción a sus intereses en la obligación. Se podría decir, en

palabras de Héctor Lafaille[1], que la ley responsabiliza de la insolvencia de uno de los codeudores a los restantes coobligados.

Como recuerda Luis De Gásperi[2], Pothier parte del principio según el cual los deudores no se habrían obligado solidariamente si en el supuesto de tener que pagar cualquiera de ellos la totalidad, no hubiese de contar con la cesión de las acciones del acreedor para obligar a sus codeudores a reembolsarle la parte que en la deuda les corresponde; enseña que, en la hipótesis de haber el acreedor remitido la solidaridad a favor de uno de sus deudores, se colocaría en la imposibilidad de exigir el pago de la totalidad de la deuda, de donde viene la consecuencia de que no puede demandar a cualquiera de ellos por el todo. Señala además De Gásperi, que fundado en este razonamiento, Pothier sostiene que en la hipótesis de una obligación contraída por seis deudores solidarios, a uno de los cuales habría el acreedor liberado de la solidaridad, y de resultar insolvente uno de los cinco deudores restantes, no podría accionar él por la totalidad contra cualquiera de los solventes, sino con deducción de la cuota del deudor dispensado de la solidaridad y de la porción del insolvente, porque el deudor demandado no puede pretender sino que se deduzca lo que él ha perdido por falta de cesión de acción contra el liberado de la solidaridad; y porque la cesión de esta acción le habría dado el derecho de repetir de él su porción y hacerle contribuir en la parte del insolvente. Recuerda el autor paraguayo citado que esta doctrina mereció la adhesión de Delvincourt, Toullier, Duranton, Larombiére y Aubry y Rau, y en América Latina, de Lacerda de Almeida y del Código de Uruguay. Pero -anota De Gásperi-, la opinión se ha abierto paso, fundándose, principalmente, en las palabras que Bigot-Préameneu, como representante de la Sección de Legislación del Tribunado, cuando manifestó lo siguiente: "Basta recordar que el pacto primitivo que ha establecido la solidaridad contiene dos obligaciones bien distintas, la una entre el acreedor y los deudores, la otra entre cada deudor y sus codeudores. Cuando el acreedor descarga a uno de ellos de la

(1) LAFAILLE, Héctor. Op. cit., Tomo VI, Volumen I, Página 230.
(2) DE GASPERI, Luis. Op. cit., Tomo II, Páginas 79 y 80.

solidaridad, hace uso de una facultad resultante de la primera convención, porque el que puede demandar el pago del todo, puede limitarse al pago de una parte. Pero el deudor que no ha pagado sino una parte, porque así lo ha querido el acreedor, no está exento de la segunda obligación formada entre los deudores solos. Esta segunda obligación es absolutamente extraña al acreedor; ella subsiste en tanto que los deudores no hayan arreglado cuentas entre sí o tengan cuentas por arreglar. Ahora bien, uno de los puntos esenciales de esta obligación es que la porción de los insolventes sea repartida entre todos ellos; tanto como el deudor no puede sustraerse a ella, no es permitido al acreedor eximir de ella al deudor". Según relata De Gásperi, Barde, aun encontrando débil este razonamiento, se adhiere a sus conclusiones, agregando que esta interpretación conduce a decidir que, si después de hecha la renuncia de la solidaridad, todos los otros codeudores devienen en insolventes, el acreedor puede demandar la totalidad de la deuda al beneficiario de la renuncia.

Un ejemplo sería aquel en el cual tres deudores solidarios contraen la obligación de pagar 60,000 soles a un acreedor común, pero sus participaciones son de 30,000 soles el Deudor 1, 20,000 soles el Deudor 2 y 10,000 soles el Deudor 3. Si el Deudor 1 resultase insolvente, la deuda se distribuiría proporcionalmente a los intereses de la obligación de los otros dos deudores. Así, el Deudor 2 debería 40,000 soles y el Deudor 3, 20,000 soles (desde luego que en forma solidaria), respecto del acreedor común. Esto, naturalmente, en referencia a las relaciones internas de los codeudores entre sí. Esta situación no afecta -de ninguna manera- a la solidaridad.

No está demás precisar que la situación de insolvencia prevista por el artículo bajo comentario podría presentarse no sólo respecto de uno sino de más de uno de los codeudores, para cuyo efecto se tendría que efectuar la misma operación en cada caso.

Por su parte, el segundo párrafo del artículo 1204 del Código Civil Peruano regula el supuesto en el cual la deuda haya sido contraída en único y exclusivo interés de uno de los deudores. En

este caso, de resultar insolvente dicho codeudor, la deuda se distribuiría en porciones iguales entre los demás codeudores, o la asumiría íntegramente un único codeudor, si todos los demás fuesen insolventes.

En este último orden de ideas, si la deuda hubiese sido contraída en interés exclusivo de dos o más codeudores y todos ellos resultasen insolventes, igualmente la deuda se distribuiría por partes iguales entre el resto de codeudores en cuyo interés no se asumió.

Otro supuesto susceptible de ocurrir es aquel en el cual la deuda se contraiga en interés de dos codeudores y existan más de dos; y uno de los codeudores en cuyo interés se contrajo la obligación resulta insolvente. En este caso, la solución lógica sería que el otro codeudor, en cuyo interés se contrajo la obligación, asumiera el íntegro de la deuda, mas no así los otros codeudores en cuyo interés no se contrajo dicha deuda.

Un punto de interés que plantea Borda[3] es el relativo a si la insolvencia de la que hemos tratado en estos comentarios debe ser anterior o posterior al pago. Señala el citado tratadista argentino que según opinión de algunos autores, la norma debe aplicarse solamente a la insolvencia anterior al pago, no a la posterior; sosteniéndose para este último caso, que quien pagó pudo repetir el pago y no lo hizo a tiempo, razón por la cual debe asumir él sólo el peso de la parte del insolvente. Concordamos con Borda en no distinguir, por ser lógico y justo, ambas situaciones, aparte de que la ley no hace diferencia alguna al respecto. Como dice Borda, el hecho de que la insolvencia haya sido posterior al pago no siempre significa negligencia por parte del codeudor que pagó y que luego no exigió a tiempo el reintegro; y sólo en caso de que la negligencia haya sido manifiesta, podrán los otros codeudores negarse a contribuir al pago de la parte del insolvente.

Por último, debemos señalar que si la obligación fuese

---

(3) BORDA, Guillermo A. Op. cit., Tomo I, Página 59.

indivisible y solidaria, se aplicaría el artículo 1204, relativo a la solidaridad (segundo párrafo del artículo 1181), y el primer párrafo del numeral 1181 del propio Código Civil, que soluciona con la metodología de la solidaridad los casos de indivisibilidad. Los mismos preceptos serían de aplicación si la relación obligatoria fuese indivisible y mancomunada.

– Concordancias nacionales.

Reglas aplicables a las obligaciones indivisibles y mancomunadas / Reglas aplicables a las obligaciones indivisibles y solidarias, artículo 1181 del Código Civil / Subrogación, artículo 1260, inciso 1, del Código Civil / Alcances de la subrogación, artículo 1263 del Código Civil / Distribución a prorrata en caso de insolvencia de codeudor, artículo 1201 del Código Civil.

TITULO VII

Reconocimiento de las obligaciones

- FORMAS DE EFECTUAR EL RECONOCIMIENTO DE UNA OBLIGACION.

Artículo 1205.- *"El reconocimiento puede efectuarse por testamento o por acto entre vivos. En este último caso, si para constituir la obligación primitiva se hubiera prescrito alguna forma determinada, el reconocimiento deberá practicarse en la misma forma."*

– Fuentes nacionales del artículo 1205.

Dentro de la legislación colonial, y en lo referente a una forma legal determinada, podemos mencionar a las *Siete Partidas*, Ley 114, Título XVIII, Partida Tercera.

También puede mencionarse a la Ley 14 de *Partidas*, Título XI, Partida Quinta: **"E si por auentura muriesse alguno dellos, ante que se cumpliesse la condición, o que viniesse el día a que lo deuieran cumplir; los sus herederos, de aquel que finasse, fincan en aquella misma manera obligados, para cumplir lo que fue prometido; maguer viniesse la condición, o el día, después de la muerte de qualquier dellos"**; a la Ley 11, Título XIV, Partida Tercera: **"Todo ome que faze pleyto, o postura con otri, que lo faze también por sus herederos, como por sí; maguer ellos non sean nombrados en la postu-**

ra"; a la Ley 15, Título XI, Partida Quinta: "**Los herederos de aquel que finasse, fincan en aquella misma manera obligados para cumplir lo que fue prometido**"; y a la Ley 12, Título XI, Partida Quinta.

El *Fuero Real*, trataba el tema en la Ley 3, Título XI, Libro I: "**Si algun home ficiere Pleyto (contrato) derecho con otro, el que heredare lo suyo, quier sea fijo, quier otro, sea tenido de guardar el Pleyto, así como era tenido aquel que fizo el Pleyto.**"

El artículo 1205 del Código Civil vigente no registra antecedentes en el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836*; en el *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836*; en el *Código Civil de 1852;* ni en el *Proyecto de Código Civil de 1890.*

El *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925,* regulaba el tema en tres preceptos, los artículos 191: "El reconocimiento es la declaración por la cual una persona manifiesta estar sujeta a una obligación respecto de otra persona."; 192: "El acto de reconocimiento de las obligaciones está sujeto a todas las condiciones y formalidades de los actos jurídicos."; y 193: "El reconocimiento puede hacerse por testamento, o por acto entre vivos, y en este último caso, si para constituir la obligación primitiva se hubiese prescrito alguna forma determinada, deberá hacerse el reconocimiento en la misma forma."; en tanto que el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926,* lo hacía en los numerales 182: "El reconocimiento es la declaración por la cual una persona manifiesta estar sujeta a una obligación respecto de otra persona."; y 183: "El reconocimiento puede hacerse por testamento, o por acto entre vivos, y en este último caso si para constituir la obligación primitiva se hubiese prescrito alguna forma determinada, deberá hacerse el reconocimiento en la misma forma."; el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936,* en el artículo 1222: "El reconocimiento puede hacerse por testamento, o por acto entre vivos, y en este último caso, si para constituir la obligación primitiva se hubiese prescrito alguna forma determinada, deberá hacerse el reconocimiento en la misma forma."; y el *Código Civil de 1936*, en el artículo 1231: "El reconocimiento puede hacerse por testamento o por acto entre vivos, y en este último caso, si para constituir la obligación primitiva se hubiese prescrito alguna forma determinada, deberá hacerse el reconocimiento en la misma forma."

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973*, trataba el tema en el artículo 81: "El reconocimiento puede hacerse por testamento o por acto entre vivos, y en este último caso, si para constituir la obligación primitiva se hubiese prescrito alguna forma determinada, deberá hacerse el reconocimiento en la misma forma."; en tanto que el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980,* lo hacía en el artículo 84: "El reconocimiento puede efectuarse por testamento o por acto entre vivos. En este último caso, si para constituir la obligación primitiva se hubiera prescrito alguna forma determinada, el reconocimiento deberá practicarse en la misma forma."; el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981*, en el artículo 1226: "El reconocimiento puede efectuarse por testamento o por acto entre vivos. En este último caso, si para constituir la obligación primitiva se hubiera prescrito alguna forma determinada, el reconocimiento deberá practicarse en la misma forma."; y, finalmente, el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984*, en el artículo 1173: "El reconocimiento puede efectuarse por testamento o por acto entre vivos. En este último caso, si para constituir la obligación primitiva se hubiera prescrito alguna forma determinada, el reconocimiento deberá practicarse en la misma forma."

– Fuentes y concordancias extranjeras.

Coincide con el artículo 1205 del Código Civil Peruano, el Código Civil Argentino. Este cuerpo legal contiene varios preceptos al respecto. En su artículo 718 establece que el reconocimiento de una obligación es la declaración por la cual una persona reconoce que está sometida a una obligación respecto de otra per-

sona; en el artículo 719 agrega que el acto del reconocimiento de las obligaciones está sujeto a todas las condiciones y formalidades de los actos jurídicos; en tanto que en el artículo 720 establece que el reconocimiento puede hacerse por actos entre vivos o por disposición de última voluntad, por instrumentos públicos o por instrumentos privados, y puede ser expreso o tácito.

Adicionalmente, y siempre dentro del Código Civil Argentino, podemos mencionar al artículo 721, que señala que el reconocimiento tácito resultará de pagos hechos por el deudor. Por su parte, el numeral 722 establece que el acto del reconocimiento debe contener la causa de la obligación original, su importancia, y el tiempo en que fue contraída; en tanto que el artículo 723 señala que si el acto del reconocimiento agrava la prestación original, o la modifica en perjuicio del deudor, debe estarse simplemente al título primordial, si no hubiese una nueva y lícita causa de deber.

– *Análisis.*

Respecto a la ubicación de esta norma como título integrante de la Sección relativa a las obligaciones y sus modalidades, se suscitó una discusión en el seno de la Comisión Reformadora del Código Civil Peruano de 1852, entre los Doctores Pedro M. Oliveira y Manuel Augusto Olaechea, prevaleciendo la opinión del Doctor Olaechea con los siguientes argumentos[1]:

"El doctor Oliveira impugnó la ubicación del presente Título en la Sección del Anteproyecto que se ocupa de las obligaciones y de sus modalidades, según es de verse en las páginas 230, primer fascículo y 20, segundo fascículo, de las Actas de la Comisión, e hizo de paso la crítica de la metodología seguida por el Código argentino.

Aquel Código incluye un Título semejante en la parte titulada De las obligaciones con relación a las personas, en la cual las

(1) COMISION REFORMADORA DEL CODIGO CIVIL PERUANO. Op. cit., Fascículo Segundo, Página 29.

obligaciones simplemente mancomunadas y las solidarias ocupan los dos primeros Títulos, tratando el tercero y último del reconocimiento de las obligaciones.

Es indudable que ninguna relación lógica inmediata tiene el reconocimiento de las obligaciones con la obligación considerada en cuanto a las personas, y desde este punto de vista es que los expositores del Código argentino han señalado casi unánimemente la defectuosa ubicación de dicho Título.

El plan que adopta el Anteproyecto difiere grandemente del plan argentino.

Algo más todavía: el reconocimiento puede tener el sentido de fondo que le atribuye el Código alemán (artículos 780 y siguientes), según el cual el reconocimiento de las obligaciones se equipara a la promesa abstracta de deber, resultando incorporado el Título respectivo después de la compraventa, del arrendamiento, de la transacción, de la indivisión, de la renta vitalicia y de otras figuras jurídicas, y antes de los mandatos de pago, de las obligaciones al portador, y de los actos ilícitos.

Parece claro, que el reconocimiento de las obligaciones puede cerrar, sin agravio de la lógica jurídica, la Sección que se ocupa de las obligaciones y de las diversas modalidades que las obligaciones asumen, tanto porque el reconocimiento puede referirse no sólo a las obligaciones derivadas del contrato, sino en general a toda clase de obligaciones, sea cual fuere su causa, como porque el reconocimiento puede asumir también cualquiera de las varias modalidades examinadas.

Y, como ya tuve ocasión de decirlo: toda ubicación distinta puede suscitar fundadas observaciones, dados los aspectos diversos en que puede ser considerado el reconocimiento de las obligaciones."

Hasta aquí las palabras de Olaechea.

Con posterioridad a la entrada en vigencia del Código Civil

Peruano de 1984 -que regula la institución con la misma sistemática que el Código de 1936-, el Doctor Max Arias-Schreiber Pezet[2] también ha cuestionado la ubicación del reconocimiento en el mencionado cuerpo legislativo, señalando que la misma resulta discutible porque el reconocimiento constituye un medio de prueba para el acto o negocio jurídico y no específico de las obligaciones; de donde se infiere que bien pudo haber sido considerado en el Libro II y no en el Libro VI del Código; agrega que, en efecto, su naturaleza como acto o negocio jurídico resulta evidente, en la medida que tiene como finalidad inmediata admitir la existencia de una obligación preexistente y someterse, por lo tanto, a las consecuencias jurídicas derivadas de la misma.

Por nuestra parte, advertimos que el artículo 1205 del Código Civil Peruano de 1984, bajo comentario, solamente se aplica si quien reconoce la existencia de una obligación es el deudor de la misma. No hay reconocimiento alguno, obviamente, si quien lo hace es el acreedor, pues ello no sería relevante para que él o sus herederos dispusieran de este medio, como adecuado, para exigirla a su respectivo deudor.

En este punto de nuestros comentarios debemos precisar que el reconocimiento de una obligación tiene determinados fines, como por ejemplo, aceptar la existencia de una obligación cuya ejecución puede ser, inclusive, de tracto sucesivo (como sería el caso de un contrato de arrendamiento en curso) que carece de título -esto es, de un documento, y se otorga tal documento-; o suscribir una nueva escritura pública de donación de un bien inmueble por haberse perdido la original (por ejemplo, un incendio en el archivo del Notario), pues si no se extendió la original nada habría que reconocer, ya que el acto jurídico sería nulo por mandato del artículo 1625 del Código Civil; u otorgar un documento privado de reconocimiento de un mutuo, por haberse extraviado el documento original; o interrumpir una prescripción; etc.

---

(2) ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Luces y Sombras del Código Civil Peruano de 1984, Tomo II, Páginas 29 y 30. Librería Studium, Lima, 1992.

A entender de los profesores argentinos Pedro N. Cazeaux y Félix A. Trigo Represas[3], la figura del reconocimiento de la obligación es útil en los casos en que se ha perdido el instrumento original de la obligación o en el supuesto en que se halla próximo el cumplimiento de una prescripción; en cuanto a lo primero, el reconocimiento repara dicha pérdida, y en lo que atañe a lo segundo, el reconocimiento tiene la virtud de interrumpir la prescripción.

Por su parte, el maestro León Barandiarán[4] señala lo siguiente: "Como el reconocimiento supone la referencia a una deuda anterior, debe, pues, hacerse indicación de tal deuda; tratándose del reconocimiento declarativo. Si no, se estaría dentro de la hipótesis del reconocimiento constitutivo, ajeno a la comprensión del artículo 1231 (hoy 1205)." [5]

---

(3) CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Tomo II, Página 81.

(4) LEON BARANDIARAN, José. Op. cit., Tomo II, Página 220.

(5) Pero el propio Doctor León Barandiarán (LEON BARANDIARAN, José. Op. cit., Tomo II, Páginas 220 a 223.) expresa que existen algunos supuestos que originan ciertas dudas, siendo estos los siguientes:
"A) Si escribo en un documento: 'te debo mil soles'; en este caso no hay duda que se trata de un reconocimiento constitutivo, o sea, de algo distinto al carácter propio del artículo 1231.
B) Si en un documento digo: 'reconozco deberte mil soles, en virtud de servicios que me has prestado'; en este caso es indudable que se trata de un reconocimiento simplemente declarativo, el mismo a que se contrae el precepto.
C) Si en un documento digo simplemente: 'reconozco deberte mil soles'; entonces, es dudoso si se trata de un reconocimiento-título o de un reconocimiento-prueba.
En el primer caso (A), se trata de un acto que crea en sí la obligación. Es, pues, un reconocimiento constitutivo, con el mismo carácter que tiene una declaración en el sentido de un **Schuldversprechen**, de una promesa de deuda, en el Código alemán (artículo 780). No tiene por qué usarse precisamente la forma del ejemplo: 'te debo mil soles'. Igual es una fórmula empleable, como por ejemplo, 'me obligo a pagarte mil soles', 'constituyo en tu favor un derecho de crédito por mil soles'. No se requiere, así, una declaración en determinados términos irreemplazables; basta, pero es necesario que la declaración contenga explícitamente la voluntad de declarar la obligación. Aquí es procedente mencionar que con referencia a los artí-

culos 780 y 781 del Código alemán, es decir, a la promesa de deuda y al reconocimiento de deuda (esto último en el sentido de un reconocimiento constitutivo), ambas figuras no se diferencian sino en la forma de expresión.

En suma, en el caso de una declaración por el que una persona se constituya deudor de otra, tal declaración debe interpretarse conforme a los principios generales de los actos jurídicos, pues, conforme al Código peruano, a la idiosincrasia de éste, como código anticausalista que es, una tal declaración no tiene por qué diferenciarse de cualquiera otra; y ella en su caso, y dada su naturaleza propia, no significa el acto de reconocimiento en el sentido del artículo 1231, que hemos de repetir, según nuestro humilde criterio, exclusivamente concierne al caso de un reconocimiento declarativo.

En el segundo caso (B) se está, como hemos manifestado, dentro del reconocimiento-prueba. Es de aplicación el artículo 1231, de consiguiente. Se menciona la obligación primitiva. El reconocimiento no significa otra cosa, pues, que confesar esa obligación.

En el caso tercero (C), es dudosa la decisión. No se hace referencia a obligación primitiva; pero se usa la palabra 'reconozco'. No obstante lo último, no puede tomarse la palabra en un sentido literal, que es el propio técnico de la misma dentro del artículo 1231. Se puede hablar de reconocerse deudor, en el sentido de asumir entonces una obligación. La cuestión es más de interpretación según el caso, según la intención que se tuvo y los antecedentes que puedan mediar. La no indicación concerniente a una deuda anterior, hará presumir que se trata de un reconocimiento constitutivo.

La distinción a hacer, según se trate de un reconocimiento constitutivo o de uno declarativo, no es por demás, sin importancia práctica. Pues si se trata de lo segundo, el título nuevo no puede, en principio, imponer una obligación mayor que la primitiva, que se reconoce. En este caso, en principio, prevalecerá el título primordial. El acto recognoscitivo, como anotan Baudry-Lacantinerie y Barde, no siendo sino una repetición del título primordial, resulta que las adiciones y modificaciones que contenga el acto de reconocimiento carecen absolutamente de valor. Es lo que resulta del artículo 1337, inciso 2, del Código de Napoléon. Es evidente que en caso de disconformidad entre los dos títulos, es el primordial el que debe prevalecer. Poco importa que el acto recognoscitivo enuncie una obligación más fuerte o aun menor, puesto que él no se hace para disminuir o para aumentar la deuda que se encuentre establecida en el título anterior. **Recognitio nil dat novi**.

Además, es de interés la distinción, pues el artículo 1231 impone que se use una forma determinada cuando para la obligación primitiva se ha prescrito tal forma. En cambio, tratándose de la promesa de deuda, se aplican las reglas generales sobre la forma, es decir, el artículo 1122, que dice que los interesados pueden, salvo disposición expresa, emplear la forma que juzguen conveniente."

Para Cazeaux y Trigo Represas[6] existen tres corrientes doctrinarias que intentan explicar la naturaleza jurídica del reconocimiento:

(1) El reconocimiento es un acto jurídico. Esta opinión es la prevaleciente en doctrina, y considera que es un acto jurídico, pues se realiza con el fin de producir consecuencias jurídicas.

(2) Un sector doctrinario interpreta que hay que hacer una distinción. Así, esta figura será, en algunos casos, un acto jurídico, cuando aparezca la voluntad del otorgante tendiente a producir consecuencias de Derecho; en tanto que en otras hipótesis será un simple hecho jurídico, en las cuales el deudor se concretará a admitir un hecho, consistente en la existencia de la deuda, y se somete a ella.

(3) Se encuentra en los Derechos Alemán y Suizo, una clase de reconocimiento que es un acto abstracto.

Por otra parte, según Borda[7], los efectos del reconocimiento son fundamentalmente tres:

(1) Sirve como medio de prueba de la obligación original. A entender de Borda, esto tendrá importancia decisiva si la obligación no puede probarse de otra manera, como ocurrirá en el supuesto en que no se hubiera otorgado ningún instrumento al tiempo de contraerse la obligación, o por haberse perdido el que se hubiera otorgado.

(2) Sirve para interrumpir el curso de la prescripción todavía no cumplida.

(3) Siempre siguiendo a Borda, diremos que, si sobre los dos

(6) CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Tomo II, Página 82.

(7) BORDA, Guillermo A. Op. cit., Tomo I, Página 502.

efectos antes mencionados no existen dudas, en cambio ellas se han suscitado con relación a la repercusión del reconocimiento sobre la prescripción ya cumplida; opina el citado tratadista, que, a su entender, el reconocimiento de deuda importa siempre la interrupción de la prescripción, se encuentre ésta cumplida o no cumplida; agrega que, en cualquier caso, el acto de reconocimiento será el punto de partida de una nueva prescripción; sobreentendiéndose que debe tratarse del reconocimiento de la obligación y no del hecho que la generó, ya que es perfectamente posible que el deudor diga que reconoce tal contrato o tal hecho ilícito, pero que añada que no debe nada, porque la obligación está prescrita, caso en el cual, a decir de Borda, no hay reconocimiento de deuda, ni se purgan los efectos del transcurso del tiempo.

Por nuestra parte, discrepamos del profesor argentino y creemos que el reconocimiento de una deuda ya prescrita tiene los efectos de transformar el carácter del deber moral (obligación natural) en obligación civil. Se podría decir que la obligación recupera su naturaleza originaria.

Eduardo B. Busso[8], al tratar el tema del reconocimiento, establece, citando a Saleilles, que cuando una persona se reconoce deudora de otra, sin ninguna otra indicación, y ese reconocimiento es aceptado por la persona a quien se reconoce como acreedor, se puede interpretar esta declaración de tres maneras: a) como simple confesión, que brinda al acreedor un medio de prueba sin asignarle por ello algún derecho nuevo; b) como un contrato distinto por el cual el deudor se compromete a no impugnar la confesión que él hace, sin que tal contrato implique una nueva deuda; y finalmente, c) se puede ver el título creador de una deuda. A decir de Busso, en el primer caso, el reconocimiento no es sino un medio de prueba, una confesión, en realidad, un acto unilateral; en tanto que en el segundo constituye una convención, una especie de contrato probatorio, que sólo se refiere a la prueba,

(8) BUSSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo IV, Páginas 185 y siguientes.

pero que coloca al deudor en la necesidad de respetar su palabra; mientras que en el tercero, por último, se trata de una verdadera promesa de deuda que se sustituye a la anterior y constituye una promesa abstracta.

En opinión de Busso, la noción de "contrato de reconocimiento" fue desarrollada por Bahr, y prontamente aceptada por los partidarios de las teorías del acto abstracto, pasando de allí al Código Civil Alemán.

Según Busso, en todos los casos el reconocimiento de deuda contiene una confesión, pero es algo más que una simple confesión: es un acto conservatorio de los derechos del acreedor. Cree el autor citado que el reconocimiento puede importar una renovación del título, con efectos particularmente amplios; también puede innovar la situación objetiva de las partes, pero no modifica objetivamente la deuda; menos aún crea nuevas deudas; siendo el reconocimiento de nuestros países americanos distinto al reconocimiento constitutivo propio del Derecho Alemán. Señala el citado tratadista argentino que en nuestros países, los particulares, sin embargo, podrían otorgar actos constitutivos de deuda, bajo la forma de reconocimiento, en virtud del principio de la libertad jurídica para el otorgamiento de convenciones innominadas.

En lo que respecta a que el reconocimiento encierra una confesión, es así -según Busso-, en cuanto importa una declaración contraria al interés de quien la formula; siendo imprescindible que el reconocimiento se refiera a deudas y no solamente a hechos, pues la existencia de un hecho no implica reconocer deberlo; no obstante lo cual el reconocimiento de un hecho puede derivar a resultados que no podrían obtenerse por vía de actos jurídicos (como sería el caso -citado por Busso- de un obrero que reconozca hechos que lo privaran de una indemnización, que en sí misma sería irrenunciable).

A entender de Busso, reconocer una deuda es algo más que confesar la existencia del hecho que la generó, siendo un acatamiento o sumisión al vínculo; y así, si bien el acto de reconocimiento no crea deudas nuevas, ni modifica las existentes, innova

en la situación jurídica de las partes, ya que brinda al acreedor un título o una prueba, y -al interrumpir la prescripción- preserva al derecho del desgaste ocasionado por el transcurso del tiempo; es decir que, en definitiva, el reconocimiento no asigna al acreedor nuevos derechos, pero mejora las condiciones en que ostenta la titularidad de los derechos reconocidos. Busso recoge una fórmula antigua según la cual se dice que "el reconocimiento rejuvenece la obligación, demostrándola"; a lo que el citado autor agrega que el reconocimiento, como acto jurídico, está dirigido a la conservación de la virtud jurídica de la relación reconocida.

Por otra parte, debemos señalar que el artículo 1629 del Código Civil Peruano establece los límites de la donación, señalando que nadie puede dar por vía de donación más de lo que puede disponer por testamento; agrega que la donación es inválida en todo lo que exceda de esta medida, regulándose el exceso por el valor que tengan o debían tener los bienes al momento de la muerte del donante. Esta es la denominada donación inoficiosa. Algunos autores advierten que en múltiples oportunidades, a fin de burlar las disposiciones sobre la legítima hereditaria, se utiliza la vía del reconocimiento de las obligaciones a través de los testamentos, simulando la existencia de una deuda, con el propósito de obligar a los herederos forzosos a cumplir con la misma respecto de terceras personas ajenas al proceso sucesorio, o incluso, persiguiendo el objetivo de mejorar la porción hereditaria de alguno de los herederos forzosos más allá del porcentaje de libre disposición del testador. Esto es lo que en doctrina se conoce como donaciones encubiertas, las mismas que incluso se realizan a través de actos **inter vivos**, por los más diversos motivos. En estos casos, el aparente reconocimiento encubre, como dice Busso, una disposición. Por nuestra parte, entendemos que, de responder dichos actos a simulaciones absolutas, los mismos serían absolutamente nulos. Sin embargo, admitimos que sería extremadamente difícil para los perjudicados probar tal situación.

Sobre este tema remitimos al lector a nuestros comentarios al artículo 1295 del Código Civil, referente a la condonación.

Dentro de los reconocimientos impropios, también podemos

comprender a las denominadas promesas de pago, las mismas que presentan una relativa frecuencia en la práctica, y, a decir de Busso[9], bajo la apariencia de un acto de reconocimiento, se otorga un acto constitutivo de una obligación; cita como ejemplo cuando el mutuatario establece implícitamente su promesa de pagar la suma que ha recibido bajo la fórmula "Reconozco haber recibido tal suma", o bien "Reconozco deber tal suma"; expresiones que equivalen a decir "Me comprometo a devolver o a pagar tal suma". Por su parte, Alterini, Ameal y López Cabana[10] denominan a este tipo de reconocimiento como "abstracto", y señalan que está íntimamente emparentado con la promesa abstracta de deuda. Al reconocimiento explícito lo denominan "declarativo".

Por lo demás, debe distinguirse el reconocimiento de una obligación de la novación de una obligación (medio extintivo de las obligaciones regulado por los artículos 1302 a 1312 del Código Civil). Se reconoce una obligación para cualquiera de los fines señalados, pero aquí estamos hablando única y exclusivamente de una obligación (aquella que es materia del reconocimiento), puesto que no se está creando una segunda obligación, sino únicamente reconociendo la existencia de una anterior. En el caso de la novación, cuando se nova se está sustituyendo una obligación por otra, ya sea por cambio de objeto, por cambio de causa fuente o de sujetos; vale decir que en la novación necesariamente estamos ante la presencia de dos obligaciones distintas (una que sustituye a la otra).

También debemos diferenciar el reconocimiento de una obligación, de la confirmación de un acto jurídico, ya que en alguna época ambos conceptos fueron confundidos. Tal confusión es imputable a una interpretación errada de Pothier. Incurrió en ella al interpretar a Dumoulin en ciertos pasajes de su obra de comentarios a la "*Coutume de Paris.*". Luis de Gásperi[11] explica de ma-

---

(9) BUSSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo IV, Página 188.
(10) ALTERINI, Atilio Aníbal, AMEAL, Oscar José y LOPEZ CABANA, Roberto M. Op. cit., Tomo I, Página 72.
(11) DE GASPERI, Luis. Op. cit., Tomo II, Páginas 691 a 695.

nera detallada en qué consistió la equivocación, fundamentando sus palabras en expresiones de Toullier. En ambos autores nos apoyamos para efectuar el relato que sigue a continuación.

Dumoulin, inspirado sin examen en la doctrina de los canonistas relativa a la "confirmación", la aplicó en sus comentarios al artículo 8 de la "*Coutume de Paris*", a la "renovación" de las investiduras dadas por los señores, o sea de las concesiones de feudos. Señala De Gásperi que en lo relativo a los actos de reconocimiento (**actes récognitifs**), distintos de aquéllos, enseñó en varios pasajes de sus obras que hacían prueba plena contra quien los había otorgado, salvo para éste el derecho de probar el error que al hacerlo había padecido. Agrega que es grande la diferencia que, según los canonistas, separa un acto de confirmación de un acto de reconocimiento; ya que es el primero aquél por el cual un superior legítimo "corrobora" un derecho anteriormente concedido por él o por sus predecesores a un inferior; siendo, en buena cuenta, la renovación de la concesión, ya que es el donante, el concedente o sus sucesores los que confirman la donación o la concesión; en tanto que el reconocimiento, por el contrario, es la aprobación o la renovación de un acto precedente, hecho por un inferior o por un igual a favor del acreedor de un derecho cualquiera. Señala Toullier, citado por De Gásperi, que el concesionario del acto primitivo, por virtud del cual se halla sometido a ciertos derechos constituidos a favor del concedente, lo renueva. Recuerda Toullier que Tiberio había decidido que los Césares no estaban, al subir al trono, obligados a mantener los privilegios acordados por sus antecesores, a menos de ser confirmados por los sucesores de aquellos que los habían acordado, confirmación que -por cierto- no se daba en forma gratuita. Posteriormente, Tito proscribió esta odiosa e injusta institución. Luego, los Papas, empero, prefiriendo los principios de Tiberio, al considerarse entre sí como sucesores a título singular, no atados ni por las concesiones otorgadas por sus antecedores, ni por sus propias concesiones, exigieron que se les pidiese la confirmación.

A decir de Toullier, cuyos conceptos recoge De Gásperi, vienen de aquí las dos especies de confirmación concebidas por los canonistas: (1) la simple, llamada **in forma communi vel ordinaria**; y (2) la confirmación con conocimiento de causa, llamada **in forma speciali, seu ex certa scientia**; no agrega nada la primera ni a la fuerza ni a la eficacia de la concesión confirmada, y no excusa ni al impetrante ni a sus sucesores de probar su validez, y por tanto, de la obligación de presentar el título primitivo. Aquí se señala que hecha la segunda con conocimiento de causa por el superior, era irrefragable, y por tanto eximía de la obligación de presentar el título original de la concesión confirmada.

Por otra parte, De Gásperi enseña que los canonistas entendieron que confirmar significaba "corroborar" lo que no es válido, **confirmare quidquid infirmum erat**, y que de esta suerte, cuando el Príncipe sencillamente dice: "confirmo", es su intención que la confirmación sea perfecta, **censetur perfecte confirmare**, independientemente de las nulidades que podían existir en la concesión primitiva, y que, teniendo semejante confirmación todo lo que puede tener una confirmación **in forma speciali**, es irrefragable: de donde resulta -a entender de De Gásperi- que, para considerarse hecha **in forma communi**, debe el acto confirmatorio contener alguna adición que restrinja y mitigue la fuerza y la propiedad de la palabra confirmar: **Oportet et per aliquam additionem restringatur, et quasi leniatur proprietas verbi confirmandi**. Agrega que, sin embargo, dado que siempre las cartas de confirmación contenían la cláusula: **Prout, sicut a praedecessoribus nostris provvide factum est, ita et nos confirmamus**, entendieron los doctos que su adición podía restringir o modificar el sentido de ella, porque las proposiciones **prout, sicut**, etc., podían ser puestas **conditionaliter** o **causaliter**, o sea para condicionar la confirmación o para indicar su causa o motivo: "Confirmo si mis antecesores han concedido". Así -dice De Gásperi- en el primer supuesto, la prueba de la condición está a cargo del impetrante, al paso que en el segundo está relevado de ella. En tal orden de ideas, nos dice el tratadista paraguayo que la regla de hermenéutica común al Derecho Romano y Canónico, aquélla según la cual, en caso de duda, debe la cláusula ser interpretada en el sentido más favorable al impetrante, fue desechada por los canonistas al amparo de la máxima de que la intención de donar no se presume; de donde viene la decisión: **qui confirmat nihil dat**, o sea que tampoco se

presume la intención de donar en quien confirma; razón por la cual, toda confirmación se reputó hecha **in forma communi**, es decir, condicionalmente, sin conocimiento de causa, a menos de haber un indicio de habérsela hecho **in forma speciali**.

Por estas razones -señala De Gásperi-, resultó sumamente controvertida la cuestión de saber por qué signos se conocería que ella había sido hecha en esta forma; habiendo sostenido los más razonables que, siendo de presumir el conocimiento de causa o el uso de su autoridad por parte del Príncipe, las cartas de confirmación contenían en el primer supuesto la cláusula **ex certa scientia**, o en el segundo la disposición **ex plenitudine potestatis**. Agrega el citado autor, que por desfavorable a los Pontífices, rechazada esta decisión por la mayoría de los doctos, fue opinión común de éstos y jurisprudencia de los Tribunales de Roma que sólo se juzgase hecha en forma especial la confirmación continente de la sustancia del acto revalidado, o sea el texto literal de las cartas de concesión primitiva, porque sólo entonces devenía cierto que al dar su confirmación el Príncipe se había enterado suficientemente de todo el asunto, de suerte que la cláusula **prout, sicut provide factum est**, no pudo en adelante ser entendida en sentido condicional, sino absoluto o confirmativo, como si enunciase la causa o el motivo de la confirmación: "Confirmo porque está comprobado que mis antecesores lo han concedido".

Así las cosas, según De Gásperi, no estando inserto en el acto de confirmación el contenido de la concesión primitiva, debía ésta ser inexcusablemente presentada; siendo esta la doctrina aceptada por Dumoulin, pero expresamente limitada por él en su aplicación a la confirmación o renovación de las investiduras feudales, y de la que quedaron excluidos los actos de reconocimiento hechos por el vasallo o por los deudores de rentas, feudales o hipotecarias, los cuales constituyen la confesión de una obligación que el deudor hace a su acreedor para que le sirva de prueba; los mismos que hacen prueba plena contra el deudor de lo que en ellos se expresa. A entender de De Gásperi, si el reconocimiento ha sido otorgado por error, puede atacárselo por las vías ordinarias, porque se lo da **ad probationem conservandam, non autem aliquid de novo disponendum**; no haciendo la confirma-

ción, **in forma communi**, prueba ni fe de la donación, del privilegio o del derecho confirmado, debiéndose presentar el original. Agrega De Gásperi que, por el contrario, la confirmación en forma especial, hace prueba plena, aun cuando el original no se hubiese presentado.

Señala Toullier -citado por De Gásperi-, que estos principios, en su aplicación especialmente limitados por Dumoulin a las confirmaciones propiamente dichas, fueron, a causa de un sensible error, extendidos por Pothier a todos los títulos de "reconocimiento": a las que por su forma son **ex certa scientia**, y a las llamadas **in forma communi**; quien invocaba, en fundamento de su aserción, los pasajes arriba transcritos de Dumoulin que, por referirse sólo a las confirmaciones, con exclusión de los reconocimientos, la destruyen; siendo las primeras aquellas en que el título original de la obligación viene reproducido, y las segundas, aquellas que prescinden de hacerlo; mirando la **ex certu scientia** a proveer al acreedor de un equivalente del título original, extraviado o perdido, y a suministrarle un medio de prueba contra el que las otorga, sus herederos y sucesores, y relevarle de la obligación de presentar el título original. De esta forma, nos dice De Gásperi, los reconocimientos **in forma communi** confirman el título original a condición de ser verdaderos, pero no prueban su existencia, ni relevan al acreedor de volverlo a presentar; añade el citado autor que, por lo demás, ellos interrumpen la prescripción.

Expresa De Gásperi que, a entender de Pothier, tienen ambas formas en común, el referirse al título original y no implicar la voluntad de contraer una nueva obligación, sino reconocer la deuda estipulada; por lo que, en caso de discordancia entre el acto de reconocimiento y el título original, no queda el deudor obligado a más, ni a cosa diferente de lo adeudado, si por confrontación de ambos actos, se pusiese en evidencia el error que padeció al otorgar el reconocimiento, porque éste **non interponuntur animo faciendae novae obligationis, sed solum animo recognoscendi; unde simplex titulus novus non est dispositorius**. Sin duda, observa Toullier -citado por Luis De Gásperi-, Dumoulin dice esto, pero de aquí no debe seguirse que

el reconocimiento no haga prueba por sí mismo, si el original no es reconocido, como el propio Dumoulin agrega en el párrafo que inmediatamente sigue a aquél, truncado en la cita de Pothier: "...**Sed declaratorius, seu probatorius..., nec aliquid de novo inducit, circa substantiam obligationis, sed bene circa quaedam extrinseca et accidentalia, videlicet circa probationem, et vim executivam; et sic hujusmodi titulus duo tantum operatur: primo, confessionem et probationem recognoscentis; secundo, vim guarrentigiam**"; quedando en evidencia que constantemente Dumoulin enseñó que los actos de reconocimiento hacen plena fe por sí mismos, y que él no aplicó a estos actos los falsos principios de los canonistas relativos a los actos de confirmación, de naturaleza totalmente distinta; siendo también evidente el error en que incurrió Pothier, el mismo que se trasladó al artículo 1337 del Código Civil Francés, el cual dispone que: "Los actos de reconocimiento no dispensan de la presentación del título original, salvo que su tenor se halle en ellos especialmente reproducido. Lo que contengan de más o sea diferente del título original, no produce efecto alguno". Como nos dice De Gásperi, en perfecta contradicción este precepto con los artículos 1320 y 695 del mismo Código, no ha merecido la adhesión de la doctrina; admitiéndose por el artículo 1337 del Código Napoléon, las dos formas de reconocimiento: 1º **in forma speciali**, que por reproducir la sustancia del título primitivo, prueba por sí mismo la deuda, y excusa, en caso de pérdida o extravío de éste, la obligación de presentarlo; y 2º **in forma communi**, que por no contener la sustancia del título primitivo, no lo reemplaza, ni prueba por sí mismo la existencia de la deuda, pero puede servir como principio de prueba por escrito para la admisión de la prueba testimonial, y como medio de interrumpir la prescripción; pudiendo, empero, esta especie de reconocimiento dispensar al acreedor de la presentación del título primitivo, si hubiese muchos reconocimientos conformes fundados en la posesión, y de los cuales uno tuviese data de treinta años, porque en este supuesto, la conformidad de los reconocimientos haría presumir que reproducen fielmente el título primitivo; y, por el contrario -nos dice el citado autor-, un reconocimiento aislado, aunque tuviese treinta años, no produciría este efecto.

De Gásperi precisa que, como ha sido señalado, esta decisión es criticada por la doctrina, inclinada, como Toullier, a atribuir al reconocimiento **in forma communi**, aunque sea único, la fuerza probatoria de la confesión.

El tema de la confirmación es regulado por el Código Civil Peruano de 1984, en sus artículos 230 a 232, al finalizar el Libro II, relativo al Acto Jurídico. La confirmación de los actos jurídicos está dirigida, no a la celebración de un acto nuevo, o -como en el caso del reconocimiento, a reconocer la existencia de un acto-, sino a que el agente que había viciado su voluntad, o, simplemente, el agente que la ley facultaba para demandar la anulación judicial del acto, tenga la facultad de confirmar la validez del mismo. Debemos recordar, en este punto, que un acto anulable es un acto de validez actual pero de invalidez pendiente, vale decir, un acto que surte sus efectos como si fuera plenamente válido, pero sobre el cual pesa la posibilidad de su anulación. Y su anulación no puede ser demandada por cualquiera de las partes, sino únicamente por aquella que la ley faculta. Así, si dicha parte confirma el acto anulable, estará dotando a dicho acto de plena y permanente validez. Con la confirmación -expresa o tácita- se elimina aquella invalidez pendiente. Su validez se convierte en perpetua.

Cabe señalar, además, que un acto jurídico puede ser reconocido, pero dicho reconocimiento no implica, necesariamente, su confirmación, ya que una persona puede reconocer un acto que celebró mediando error o dolo -por citar dos ejemplos- y el reconocimiento puede no confirmar el acto celebrado. En este caso, quien reconoce tendrá expedito su derecho para demandar la anulación del acto, o proceder -si así lo desea- a confirmarlo.

Respecto de la formalidad exigida por el artículo 1205 del Código para efectuar el reconocimiento de una obligación, existen dos posiciones: una que avala la tesis del Código, ya que al verificar el reconocimiento la existencia de una obligación anterior, debe exigirse a las partes (o sujeto, en singular, pues podría tratarse de un acto unilateral que genere una obligación, como en el caso de una promesa unilateral de recompensa) seguir la formalidad que la ley impone para la celebración de dicho acto (se en-

tiende que podría adoptarse una formalidad más rígida o que revista mayores seguridades). La ley impone formalidades justamente porque quiere que la parte o partes de un acto mediten lo suficiente respecto del mismo y pueda ser probado fehacientemente, debido a que lo considera de trascendencia relevante.

De otro lado, podría sostenerse -y en la realidad de los hechos se sostiene- la inconveniencia de que el Código haya planteado, en su artículo 1205, que el reconocimiento de una obligación deba hacerse -si el acto original requería de alguna formalidad para su otorgamiento- de acuerdo con la misma formalidad originalmente impuesta por la ley. Se aduce, para ello, que se trata de un simple reconocimiento de algo que ya existía, y que no se está ante la celebración del acto mismo (para cuya realización o celebración oportunamente se adoptó la forma prevista por el legislador).

Por nuestra parte, consideramos acertado el primer criterio -el asumido por el Código Civil Peruano-, ya que el segundo podría suscitar graves incertidumbres jurídicas. Concretamente nos referimos a la hipótesis de que se pudiese invocar cualquier reconocimiento -inclusive el oral- para exigir el cumplimiento de una obligación que hubiese requerido, para constituirla, de formalidades especiales; por ejemplo de escritura pública.

En tal orden de ideas, debemos señalar que existen dos formas de efectuar el reconocimiento de una obligación. La primera, por acto **mortis causa**; la segunda, por acto **inter vivos**.

Por acto **mortis causa**, sólo podrá realizarse a través de testamento, por el cual el deudor reconozca la existencia de una obligación, vale decir de una deuda respecto de uno o de varios acreedores.

A este respecto debemos formular algunas precisiones. Si esta fuera la forma adoptada para reconocer la existencia de la obligación, resulta evidente que el reconocimiento no surtirá efectos para quien contrajo la obligación, sino para sus herederos o legatarios, dada la circunstancia de que solamente operará tal reconocimiento al producirse la muerte del causante. Resulta evidente, además, que si la obligación cuya existencia se reconoce reviste la característica de **intuitu personae**, su ejecución resultará imposible por los herederos o legatarios del causante, y se resolvería en una indemnización de daños y perjuicios, si éstos se hubiesen producido.

Sin embargo, éstas no serían, necesariamente, las consecuencias en caso de que la obligación hubiera sido reconocida por la vía testamentaria. Podría ocurrir que se tratara de un testamento otorgado por escritura pública, cuya exhibición por el Notario se obtuviera. Se supone, en el caso propuesto, que el reconocimiento no necesita formalidad alguna. En esta eventualidad, si bien es verdad que se trataría de un acto **inter vivos**, tal reconocimiento surtiría efectos y la obligación no tendría que ser cumplida necesariamente por los herederos o legatarios, sino por el propio deudor.

Cabe señalar, empero, que sobre este punto no existe unanimidad de criterios, ya que también se sostiene que un reconocimiento testamentario no podría jamás surtir efectos en vida del otorgante, pues los testamentos son actos de última voluntad, que sólo generan consecuencias recién a la muerte del causante. Es decir que en buena cuenta un reconocimiento testamentario, si se pretendiese su validez en vida del otorgante, haría que se desnaturalizara a la propia institución del testamento.

En cambio, de haberse reconocido la existencia de la obligación por acto **inter vivos**, su ejecución sí sería factible de ser cumplida por el propio deudor, sea la obligación **intuitu personae** o no. Resulta también evidente que de haberse reconocido una obligación por acto entre vivos y fallecer el deudor reconociente, sin haber ejecutado todavía dicha obligación, la misma deberá ser cumplida por sus herederos o legatarios, a menos de tratarse de una obligación **intuitu personae**, en cuyo caso surgen dos hipótesis. La primera, que el deudor fallezca después de reconocida la obligación, pero antes del plazo para su cumplimiento, evento en el que ni se transmite a sus herederos, ni éstos están obligados a pagar daños y perjuicios. La segunda, que el deudor incumpla su

obligación **intuitu personae**, y que luego fallezca sin haber resarcido los daños y perjuicios ocasionados a su acreedor. En este caso, tales daños y perjuicios deberán ser asumidos por sus herederos.

Debemos dejar en claro, por otra parte, que el acto de reconocimiento no es constitutivo sino meramente declarativo, pues a pesar de no haber sido aún reconocida, la obligación ya existía antes del reconocimiento. El único problema es uno de ejecución, ya que al no constar en ningún instrumento la existencia de la obligación, y al no haber cumplido el deudor, el acreedor o acreedores de la misma no tendrían forma de ejecutarla coercitivamente[12].

---

(12) Sin embargo, hay autores que sostienen que el reconocimiento también puede ser constitutivo de obligaciones, como es el caso del Doctor Angel Gustavo Cornejo (CORNEJO, Angel Gustavo. Op. cit., Tomo II, Derecho de Obligaciones, Volumen I, Páginas 208 y siguientes.), quien sostiene lo siguiente:
"Sentido del reconocimiento.- El reconocimiento contractual de una deuda puede tener lugar con distinto sentido:
1.- Su objeto puede ser exclusivamente dar a la otra parte un medio de prueba; entonces es sólo un testimonio contra sí mismo y, por tanto, está sujeto a la libre apreciación del juez. El reconocimiento meramente unilateral puede alcanzar a lo sumo esta significación de simple medio de prueba. Este es el sentido que el reconocimiento tiene en el derecho argentino. En concepto de Colmo, lo específico del reconocimiento está expresado en los artículos 722 y 723: el acto del reconocimiento debe tener la causa de la obligación original, su importancia, y el tiempo en que fue contraída. Si el acto del reconocimiento agrava la prestación (la obligación) original, o la modifica en perjuicio del deudor, debe estarse simplemente al título primordial, si no hubiese una nueva y lícita causa de deber.
Quiere decir, agrega Colmo, que el reconocimiento del Código argentino no es el del Código alemán, sino el causal y común. Quiere decir, también, que se trata del reconocimiento contrato u obligación, en que no es menester la expresión de causa alguna, sino del puro reconocimiento prueba, ya que según el artículo 723, el deudor puede probar la falta, total o parcial, de causa del mismo.
2.- El reconocimiento puede proponerse también para la exoneración al deudor de toda exigencia de prueba respecto de la deuda.

Debemos ahora puntualizar la importancia de la última parte del artículo 1205 del Código Civil Peruano, bajo comentario, en el sentido que de realizarse el reconocimiento por acto **inter vivos**, dicho reconocimiento deberá practicarse en la misma forma prescrita para la constitución de la obligación, de exigirse formalidad para tal efecto.

Esto quiere decir que si no hubiese forma alguna establecida para la constitución de la obligación, el deudor reconociente no deberá cumplir ninguna formalidad, pudiendo reconocerla por la vía que estime más conveniente. A entender de Raymundo M. Salvat[13], si bien es cierto que el reconocimiento de una obligación podría hacerse verbalmente, debe observarse, ante todo, que un reconocimiento de esta naturaleza, sería de una mínima eficacia práctica, puesto que la prueba de él quedaría librada a la buena voluntad del otorgante y a todas las contingencias e inseguri-

---

3.- Finalmente, el reconocimiento puede hacerse en el sentido de querer considerar la deuda como existiendo contra el que la reconoce. En este caso se da el reconocimiento constitutivo de deuda, vale decir, un contrato de los llamados de prueba (Enneccerus).
Saleilles explica con más claridad los tres sentidos que puede darse al reconocimiento de una obligación en el sentido del artículo 781 del Código alemán: 1.- O como una mera confesión o medio de prueba para que el acreedor sustente su derecho sin otorgarle ningún derecho nuevo; 2.- Como un contrato distinto por el cual el deudor se obliga a no contradecir la confesión que acaba de prestar, sin que esta confesión constituya un nuevo título sustitutivo del anterior; y 3.- Como un título nuevo al cual se liga exclusivamente la obligación respectiva. En el primer caso, el reconocimiento no es sino un medio de prueba, una confesión, un acto unilateral; en el segundo constituye una verdadera convención, una especie de contrato probatorio atinente exclusivamente a la prueba, pero implicante de la obligación de parte del deudor de respetar su palabra; y en el tercero, una verdadera promesa de deuda que sustituye a la antigua y que se asemeja a la promesa abstracta, 'hermana jurídica de los arreglos de cuentas, de las letras, vales o pagarés, por medio de los cuales se hace constar una obligación destituída de causa, esto es, una obligación abstracta, y en donde todo se reduce a hacer figurar el deudor, la prestación, y a veces, (pero no siempre, como ocurre en las promesas al portador) el acreedor'".
(13) SALVAT, Raymundo M. Op. cit., Tomo II, Página 163.

dades de ella; siendo raro, por consiguiente, que una persona exigiese al deudor el reconocimiento de una obligación y se conformase con un reconocimiento puramente verbal. Es verdad, como dice Salvat, que tal forma de reconocimiento es absolutamente desconocida en la práctica. En buena cuenta, como señala el propio Salvat, la eficacia del reconocimiento verbal estaría dada por el valor jurídico del medio de prueba empleado para justificarlo.

De lo contrario, si la ley exigiese una formalidad **ad solemnitatem** o **ad probationem** para la constitución de la obligación, dicho deudor deberá, necesariamente, seguir tal formalidad prevista por la ley para ese efecto.

Supongamos que se estuviese reconociendo la existencia de un contrato de donación, en el cual el reconociente, esto es, el donante, es el deudor de un bien inmueble. Como el Código Civil exige para la donación de bienes inmuebles el requisito de la escritura pública (artículo 1625), el deudor tendrá, necesariamente, que utilizar dicha formalidad para efectuar el reconocimiento. De lo contrario, el mismo carecerá de valor.

La razón de esta norma es la misma que aquella que establece las formalidades para los actos originarios: otorgar a los contratantes (en este caso al deudor) la posibilidad de meditar sobre el acto que están celebrando, dada la importancia del mismo, y conferir seguridad al acto jurídico.

Por otra parte, compartimos el criterio del Doctor Angel Gustavo Cornejo[14], en el sentido de que si alguien reconoce una deuda a su cargo se parece a aquel en que alguien se asiente en hechos de los cuales puede deducirse directamente una deuda. Agrega Cornejo que, sin embargo, semejante acontecimiento concerniente a hechos se distingue de un reconocimiento que apunte directamente a una deuda, en que mientras el reconocimiento tiene eficacia porque el autor quiere hacerlo, el asentimiento relativo

(14) CORNEJO, Angel Gustavo. Op. cit., Tomo II, Derecho de Obligaciones, Volumen I, Páginas 208 y siguientes.

a hechos tiene eficacia también sin o incluso contra la voluntad manifiesta de su autor; y que, por consiguiente, un asentimiento puede tener consecuencias jurídicas, aun cuando su autor no tuviera capacidad negocial. Y lo que es más importante aún: el asentimiento no tiene fuerza obligatoria, sino simple efecto probatorio, es decir, caduca tan pronto como se haya comprobado su falsedad[15].

(15) Para ilustrar sus comentarios, el Doctor Cornejo cita los siguientes ejemplos:
"González que está preso en una cárcel como reo de hurto, confiesa a su compañero de celda que ha envenenado al perro del alcaide, y que tendría que indemnizar al dueño con 500 soles si se descubriere su acto. El confidente no toma en cuenta la declaración de González; antes bien la rechaza en cierto modo diciéndole: 'no seas imprudente; por mi parte, yo no he oído nada'. Un vigilante del penal ha oído esta conversación e informa al alcaide del suceso. Se trata aquí de una simple imprudencia de González, que, de seguro, no quería obligarse jurídicamente mediante su confidencia a su compañero de prisión. No podría, en tal caso, aplicarse las reglas del reconocimiento. Sin embargo, la confidencia de González tiene un gran efecto probatorio: Si el alcaide demandase a González, éste podría ser sentenciado al pago de los 500 soles de indemnización, únicamente sobre la base de sus palabras imprudentes, aun cuando negare posteriormente toda culpa en la suerte del animal. Pero si se comprobase que González en realidad es inocente, y que su auto-acusación ha sido una mera jactancia, la confidencia que hizo a su compañero de celda, pierde toda fuerza jurídica. Pero si en el mismo caso, González ha escrito después de su confidencia, al alcaide una carta de este tenor: 'Muy arrepentido confieso que fui yo quien mató a su hermoso perro, le debo, pues, quinientos soles de indemnización, rogándole darme algún tiempo para pagarle esta deuda'; aquí ya no se trata de una simple confidencia sino, además, de un reconocimiento de deuda, que en el caso de ser aceptado por el alcaide surtirá sus efectos aunque González comprobase más tarde su inocencia. Paralelo en sus efectos al reconocimiento de deuda es el reconocimiento de la no existencia de una deuda. Este tendría el efecto de una condonación, siempre que el acreedor lo diera concientemente contra la verdad. Pero no está sujeto a las reglas del reconocimiento, sobre todo en lo relativo a las formas que la ley exige para la validez del reconocimiento de deuda.
Ejemplo, González exige a Franco el pago de 6,000 soles y de 5,000 soles que respectivamente le debe por los negocios de comisión y de préstamos que han tenido. Franco rehúsa una y otra pretensión. Al fin llegan a un acuerdo: Franco reconoce deber los 6,000

Otro tema que merece estudio en relación al reconocimiento de las obligaciones, se presenta cuando el título del reconocimiento aumenta la deuda originaria; es decir, cuando no sólo se reconoce la obligación preexistente, sino que además se le señala un monto mayor.

A decir de ciertos tratadistas, el reconocimiento, por definición, no modifica la obligación reconocida; observan que reconocer es admitir algo que existe, tal como existe; es decir, no crear lo que no existe ni modificar lo que existe de otro modo; concluyen en que si el acto modifica a la obligación, deja de ser reconocimiento y esto no puede presumirse, razón por la cual consideran que el reconocimiento otorgado por mayor cantidad, sólo vale por el importe que resulte del título primordial. Sin embargo, nosotros complementaríamos tal razonamiento, precisando que si bien es cierto que se considerará reconocimiento sólo hasta el monto de la cantidad originalmente debida, podría estimarse, con todo derecho, que el exceso en el reconocimiento, si bien no es tal, es o resulta siendo la constitución de una nueva obligación, cuyo monto se limita al exceso de lo reconocido (lo que equivale decir al exceso de la deuda preexistente).

En este orden de ideas, Busso[16] opina que la naturaleza jurídica del acto por el que se reconoce y agrava la deuda, varía según cuáles sean las peculiaridades propias a la agravación que se pacta. A entender del citado autor: (a) Si se convienen condiciones más onerosas o se modifica la antigua deuda en alguno de sus elementos esenciales, habrá una novación. (b) Si a la deuda reconocida se le acumula una nueva deuda, sin que se modifiquen las condiciones en que aquélla se debía, el acto jurídico será complejo; se hallará integrado por dos actos simples: el de reconocimiento y el de constitución de la nueva deuda; no obstando a esta dualidad sustancial el hecho de que el documento instrumental de la obligación sea único y exprese sin discriminación alguna el monto total (como sería, por ejemplo, el compromiso de pagar en que se incluye el capital que se reconoce y los nuevos intereses que se le acumulan).

Así, a entender de Busso, para decidir en cada caso si se trata de un mero reconocimiento, o de un acto creador de nuevas obligaciones, deberá estarse al contenido del instrumento y a las circunstancias que rodearon el otorgamiento de éste; agrega que en todos los casos en que la deuda resulte aumentada a través de un acto que al mismo tiempo que reconocerla la incrementa con nuevos rubros, corresponde al acreedor probar la causa jurídica de ese aumento; por ejemplo, si el comprador que adquirió una casa en noventa mil pesos, firmara tiempo después un documento que diga: "Reconozco deber cien mil pesos por la compra de la finca tal otorgada en tal fecha", y la diferencia correspondiera a intereses acumulados, sería el vendedor quien debería probar esa circunstancia.

Otro punto de interés que ilustra Busso, en relación al reconocimiento por un monto mayor, es el de saber si el título de reconocimiento que menciona erróneamente el monto de la deuda, produce efectos interruptivos de la prescripción; entendiendo que si la deuda reconocida pudiese ser individualizada, el error sobre su monto no impediría los efectos interruptivos de la prescripción, peculiares al acto de reconocimiento; ya que lo importante es que no quepa la menor duda sobre cuál era la deuda que se quería reconocer y cuyo importe se mencionaba erróneamente; y en cuanto a la medida en que el efecto interruptivo se produce, debe

---

soles procedentes de las comisiones y González reconoce que nada tiene que reclamarle en relación a préstamos. En este ejemplo, aparecen combinadas las dos clases de reconocimiento que, podríamos llamar, positiva y negativa.
Cualquier clase de deuda puede ser objeto de un reconocimiento. El reconocimiento de deuda adquiere fuerza obligatoria del mismo modo que la promesa de deuda. Se hace eficaz sólo cuando forma parte de un contrato. Y, por regla general, ha de constar por escrito.
Ejemplos: 1.- Si González escribe a Franco: 'Reconozco deberle 10,000 soles'; y Franco contesta: 'Acepto su reconocimiento, pero hago presente que lo que usted me debe no son 10,000 sino 12,000', el reconocimiento de González no lo obliga, pues lo que Franco ha llamado aceptación es en realidad un repudio de reconocimiento. 2.- Si González acepta, sin réplica, una cuenta corriente que le envía a Franco y en la que aparece un saldo a favor de éste de seis mil soles, se trata de un reconocimiento tácito que obliga a González a favor de Franco por el saldo de la cuenta."

(16) BUSSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo IV, Página 225.

concluirse que, si quien debe cien se declara por error deudor de ciento veinte, se interrumpe la prescripción por cien.

Otro tema que nos plantea Busso[17] es el relativo al reconocimiento en virtud de un título por el cual se reconoce un monto menor de la deuda; recuerda que en el Derecho Francés el punto se resuelve con la prevalencia del monto señalado posteriormente. En el Derecho Argentino, Machado distingue entre si el reconocimiento es por suma menor a la deuda original, y ésta se hallaba prescrita, caso en el cual considera que la obligación subsiste por el importe comprendido en el reconocimiento; y si la deuda no estuviere prescrita, el reconocimiento de ella no puede verse limitado por el hecho de que el reconocimiento mencione suma menor. En opinión de Busso, esto, en definitiva, importa dar preferencia al título original y prescindir del de reconocimiento, pues aun en el caso en que se acepte la disminución de la deuda, ello ocurre no porque el reconocimiento consigne suma menor, sino porque ha prescrito la mayor suma del título original. Busso recuerda que, en cambio, Héctor Lafaille considera que si el título nuevo disminuye la obligación, debe prevalecer sobre el anterior.

En opinión de Busso, debe preferirse al título original, por varias razones. La primera, porque constituye el documento en el cual la deuda está encarnada, y por tanto su valor como título y como prueba es superior; mientras que la segunda es porque al constituirse y documentarse el vínculo, el deudor queda obligado por el importe que consigne el título. Así, si con posterioridad pretende que su deuda es menor, deberá probar que ha habido extinción parcial, o que ha existido error o simulación en la suma consignada. A entender del autor argentino citado, la extinción parcial deberá probarse por alguno de los modos permitidos por la ley, como podría ser un recibo, un documento en que conste la condonación, la novación, etc.; pero agrega que el solo documento de reconocimiento no puede producir ese efecto, ni siquiera en los casos en que el acreedor haya concurrido a su otorgamiento, mientras no se justifique el **animus novandi**, el **animus**

(17) BUSSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo IV, Páginas 225 y 226.

remitendi, etc. Además, precisa que también estará a su cargo el **onus probandi**, si el acreedor sostiene que medió error en el otorgamiento del título primordial, ya que el solo hecho de haberse otorgado un título posterior de reconocimiento por una suma menor, no es prueba suficiente de ese error, pues a lo más podrá constituir un indicio o presunción, que debe resultar confirmado por otras circunstancias. Por último, en su opinión, si el deudor pretendiese que la suma consignada en el documento original fue simuladamente abultada, la prueba deberá hacerla con el contradocumento correspondiente.

Antes de finalizar nuestro análisis del tema del reconocimiento de las obligaciones, podemos dejar establecidas, siguiendo algunos conceptos de Llambías[18], cuáles son sus características:

(1) Se trata de un acto unilateral, porque emana de la voluntad del deudor, sin ser indispensable la intervención del acreedor, por lo que no es ni siquiera necesario que la declaración del reconociente se dirija al acreedor.

(2) Es irrevocable, lo que significa que luego de efectuado no puede el deudor dejarlo sin efecto. Esta característica no presenta ninguna dificultad de entendimiento en los actos entre vivos, mas no así en los efectuados por vía testamentaria. En estos últimos cabría la posibilidad, como dice Llambías, que por tratarse de un testamento -acto por esencia revocable- se revoque la disposición por la cual se reconoce una obligación.

Dentro del régimen del Derecho Argentino, el artículo 3788 del Código Civil de ese país establece que "el reconocimiento de una deuda, hecho en el testamento, es reputado como un legado mientras no se pruebe lo contrario, y puede ser revocado por una disposición ulterior." A entender del tratadista citado, ese texto advierte que la presunción es

(18) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo II - B, Páginas 74 a 76.

iuris tantum, por lo que si se prueba en contra de esa presunción, que tal reconocimiento de deuda no era una liberalidad disimulada sino que respondía a una verdadera causa de deber, la manifestación testamentaria resultaría irrevocable para fijar el alcance de una obligación que ha quedado establecida por otros medios de prueba.

Por nuestra parte debemos señalar que, a pesar de resultar tentadora la opción seguida por Llambías, podríamos no llegar a las mismas conclusiones, pues el Derecho nacional no contiene una disposición similar a la del artículo 3788 del Código de Vélez Sarsfield, razón por la cual, siguiendo la doctrina general, un testamento posterior deroga, en todos sus términos, lo dispuesto por un testamento anterior. Además, no debe olvidarse que los testamentos son actos jurídicos **mortis causa**, vale decir, que sus disposiciones recién serán de aplicación a la muerte del otorgante; lo que equivale a decir que el reconocimiento que conste en dicho testamento sólo sería exigible a la muerte del testador; y si a su muerte dicho testamento ya fue sustituido por uno posterior, las disposiciones del primigenio carecerían de toda eficacia. Empero, como antes señalamos, si se trata de un testamento por escritura pública exhibido por Notario, podría aducirse, en vida del testador, la existencia de un reconocimiento, aunque luego dicho testamento fuera revocado.

(3) El reconocimiento es declarativo y no constitutivo de obligaciones. Podemos decir, de acuerdo con Llambías, que el reconocimiento tiene el sentido de ser la comprobación de una obligación ya existente, que proviene de una causa que no se confunde con el reconocimiento mismo.

Por otra parte, conforme lo señalan Cazeaux y Trigo Represas[19], diremos que se discute en doctrina si el reconocimiento es un acto a título gratuito o a título oneroso. Como expresan los ci-

(19) CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Tomo II, Página 83.

tados tratadistas, la cuestión no es meramente didáctica, puesto que el régimen jurídico aplicable en materia de las acciones de revocación o de reducción de que puede ser pasible, y el que corresponde en Derecho Tributario, no es el mismo.

Siempre siguiendo a Cazeaux y Trigo Represas, anotamos que para Busso el reconocimiento es un acto a título oneroso, pues tiene como causa el cumplimiento de un deber de conciencia, y quien cumple un deber de esta índole, nada dona, nada obsequia, limitándose a ajustar su conducta a la ley moral que subyace bajo la norma jurídica. En cambio, Borda se inclina en el sentido de que la figura materia de estudio no es gratuita ni onerosa, sino que participa del acto de cuya naturaleza está impregnada; precisa Borda que, sin embargo, lo que está en cuestión no es la naturaleza del acto originario, sino la del reconocimiento en sí mismo; concluye dicho autor, en lo que respecta al reconocimiento, que a pesar de que se lo haga sin contraprestación, ello no lo convierte en un acto a título gratuito.

Por último, entienden Cazeaux y Trigo Represas, que el reconocimiento testamentario, en cambio, debe presumirse como un legado, salvo que el beneficiario pruebe que se trata de un real reconocimiento de deuda, debiendo considerarse un acto a título gratuito.

En nuestra opinión, no puede hablarse, propiamente, de que el reconocimiento sea un acto gratuito u oneroso. El reconocimiento es un acto gratuito. Lo que ocurre es que otorga actualidad y medios probatorios al acreedor para hacer exigible una obligación a cumplir por parte del reconociente. Y es evidente que dicha obligación a cumplir representará un detrimento patrimonial en perjuicio del deudor.

– *Propuesta de eventual modificación legislativa del artículo 1205.*

Artículo 1205.- "El reconocimiento puede efectuarse por testa-

mento o por acto entre vivos. En este último caso, si para constituir la obligación la ley hubiera impuesto alguna forma determinada, el reconocimiento deberá practicarse en la misma forma, bajo sanción de nulidad."

– Fundamento.

Proponemos eliminar de este artículo la palabra "primitiva", porque en materia de reconocimiento sólo estamos en presencia de una obligación.

Adicionalmente precisamos que la omisión de la formalidad requerida para efectuar el reconocimiento acarreará la nulidad del mismo, para ser concordantes con la sistemática seguida por el Código nacional, en el sentido de que cuando exista un deber impuesto por el mismo, y se incumpla dicho deber, la consecuencia será la nulidad del acto. En el texto actual -cuya eventual modificación proponemos- se impone el deber, pero no se señala cuál es la consecuencia de su incumplimiento.

– Concordancias nacionales.

Acto jurídico; validez del acto jurídico, artículo 140, inciso 4, del Código Civil / Forma del acto jurídico, artículos 143 y 144 del Código Civil / Allanamiento y reconocimiento, artículo 330 del Código Civil / Testamentos ordinarios, artículo 691 del Código Civil / Forma de contrato, artículo 1411 del Código Civil.

TITULO VIII

Transmisión de las obligaciones

CAPITULO UNICO

Cesión de derechos

– CESION DE DERECHOS. DEFINICION.

Artículo 1206.- *"La cesión es el acto de disposición en virtud del cual el cedente trasmite al cesionario el derecho de exigir la prestación a cargo de su deudor, que se ha obligado a transferir por un título distinto.*

La cesión puede hacerse aun sin el asentimiento del deudor."

– Fuentes nacionales del artículo 1206.

Este artículo no registra antecedentes en el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836.*

El *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836,* trataba el tema en el artículo 891: "El deudor que ha aceptado pura y simplemente la cesión de derechos que su acreedor hace a un tercero, no puede oponer al cesionario la compensación que antes de la aceptación pudo oponer al cedente."

El *Código Civil de 1852* no legislaba esta materia.

El *Proyecto de Código Civil de 1890* regulaba el tema en su

artículo 2929: "Si la cosa recibida por el acreedor es un crédito a favor del deudor, deben observarse las reglas de la cesión de derechos."; en tanto que el *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925*, lo hacía en el artículo 245: "Si la cosa recibida por el acreedor fuese un crédito a favor del deudor, se juzgará por las reglas de la cesión de créditos."; el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926*, en el artículo 234: "Si la cosa recibida por el acreedor fuese un crédito a favor del deudor, se juzgará por las reglas de la cesión de créditos."; el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936*, en el artículo 1265: "Si la cosa recibida en pago por el acreedor fuese un crédito, se juzgará por las reglas de la cesión de créditos."; y el *Código Civil de 1936*, en sus numerales 1275: "Si la cosa recibida en pago por el acreedor fuese un crédito, se juzgará por las reglas de la cesión de créditos."; y 1456: "El acreedor puede ceder su crédito, si a ello no se opone la naturaleza de la obligación, la ley o la convención con el deudor."

Dentro del proceso de reforma del Código Civil de 1936, este tema no registra antecedentes en la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973*; ni en el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980*. Conviene mencionar, en este punto, que el Anteproyecto sobre cesión de derechos no fue preparado por los autores citados. Esta aclaración es válida para el precepto bajo comentario y la hacemos extensiva al tratamiento de todas las fuentes nacionales de los artículos 1207 a 1217.

Finalmente, debemos señalar que el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981,* sí reguló la institución, y lo hizo en el artículo 1227: "La cesión es el modo como el cedente transfiere al cesionario el derecho a exigir la prestación a cargo de su deudor, aun sin el asentimiento de éste."; mientras que el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984*, lo hizo en el numeral 1174: "La cesión es el acto de disposición en virtud del cual el cedente trasmite al cesionario el derecho a exigir la prestación a cargo de su deudor, que se ha obligado a transferir por un título distinto.- La cesión puede hacerse aun sin el asentimiento del deudor."

– Fuentes y concordancias extranjeras.

Coinciden con el artículo 1206 del Código Civil Peruano, entre otros, los siguientes Códigos Civiles: Mexicano (artículos 2029 y 2030, primer párrafo, primera parte -similar al segundo párrafo del artículo 1206 Peruano-), Ecuatoriano (artículo 1868), Anteproyecto Paraguayo de Luis de Gásperi (artículo 900), de la República Socialista Federativa Soviética de Rusia de 1922 (artículo 124) y Etíope (artículo 1962), estableciendo este último que el acreedor puede ceder su derecho a un tercero sin el consentimiento del deudor, a menos que la cesión no haya sido interdicta por ley o el contrato, o que ella sea excluida por la naturaleza del asunto.

El Código Civil Italiano de 1942 (artículo 1260) se refiere a la cesión de créditos. Además, debe mencionarse que el Código Civil Guatemalteco de 1973 (artículo 524, primer párrafo) dispone, dentro de lo relativo a la cesión de créditos, que el acreedor puede transferir a título oneroso o gratuito su crédito, aun sin consentimiento del deudor, siempre que el crédito no tenga carácter estrictamente personal, o que su transferencia no esté prohibida por la ley. El mismo Código Civil Guatemalteco de 1973 (artículo 1443) establece además que en la cesión se observarán las disposiciones relativas al negocio jurídico que les dé origen, en lo que no estuvieren modificadas para el caso.

Resulta interesante mencionar que el Código Civil Egipcio (artículo 227) establece que el deudor puede transmitir, sin el concurso del acreedor, las garantías que aseguraban el pago de la deuda. En el mismo sentido, tenemos al Código Civil Boliviano (artículo 323), cuando señala que el acreedor que ha recibido el pago debe consentir en la liberación de los bienes afectados a las garantías reales del crédito y de los vínculos que de otra manera limiten la disponibilidad de aquéllos.

En este punto queremos mencionar al Código Civil Cubano de 1988, el mismo que, al legislar sobre la cesión de créditos y la asunción de deudas, establece (artículo 256) que los créditos se

ceden y las deudas se asumen con los mismos requisitos formales observados en el momento de su constitución. Este Código agrega (artículo 257) que: 1. El acreedor puede ceder su crédito a un tercero sin el consentimiento del deudor, a menos que lo prohíba la ley o el acto jurídico, o así resulte de la naturaleza de la obligación.- 2. La cesión de un crédito comprende la de todos los derechos de garantía. Continúa prescribiendo el Código Cubano (artículo 262), que el deudor tiene derecho a oponer al nuevo acreedor todas las excepciones que podía oponer contra el acreedor original en el momento de serle notificada la cesión o el pago de su deuda hecho por tercera persona. En el mismo sentido, el Código Civil Alemán (artículo 404) dispone que el deudor puede oponer al nuevo acreedor las objeciones que, al tiempo de la cesión del crédito, eran fundadas contra el antiguo acreedor.

De otro lado, el Código Civil Alemán (artículo 398) establece que un crédito puede ser transmitido por el acreedor mediante contrato con la persona a quien se le transmite (cede). Con la conclusión del contrato el nuevo acreedor se subroga en la posición del antiguo acreedor.

Este mismo Código agrega (artículo 405) que si el deudor ha expedido un documento sobre la deuda, no puede, si el crédito es cedido por presentación del documento, alegar frente al nuevo acreedor que el contraer o reconocer la relación obligatoria solamente se ha realizado en apariencia, o que la cesión está excluida por pacto con el primitivo acreedor, a no ser que el nuevo acreedor conociera o debiera conocer el estado de la cuestión en el momento de la cesión. El deudor (artículo 406) puede compensar también frente al nuevo acreedor un crédito que le corresponda contra el antiguo acreedor, a no ser que él -el deudor- al adquirir el crédito tuviese conocimiento de la cesión, o que el crédito haya vencido solamente después de la obtención de conocimiento y con posterioridad al crédito cedido.

Por último, resulta de sumo interés citar lo prescrito por el numeral 413 del B.G.B., en el sentido de que las disposiciones sobre la transmisión de créditos se aplican oportunamente a la transmisión de otros derechos, en tanto la ley no prescriba otra cosa.

– Análisis.

Colin y Capitant[1] señalan que por ser la obligación una relación entre dos personas que se manifiesta en un poder de disposición, concedido al acreedor respecto del deudor, y que le permite sujetar a éste a una prestación ventajosa para él, pareciera, por ello, que, naturalmente y por definición, la obligación no fuese susceptible de transmitirse de una persona a otra, ya activamente, ya pasivamente. Agregan los citados tratadistas, que esta idea de intransmisibilidad se presenta tanto más al espíritu cuanto que la obligación, en defecto de cumplimiento voluntario, se manifiesta por una coacción ejercida sobre la persona del deudor; coacción que ha producido durante mucho tiempo penas contra el deudor recalcitrante o insolvente, como fueron su muerte, su mutilación, su reducción a esclavitud o a una condición parecida a la esclavitud; por todo lo cual, las relaciones de obligación aparecían como constituidas esencialmente **intuitu personae**, entendiéndose que importaba al deudor tener frente a sí a un acreedor más compasivo, menos riguroso, y no a uno que fuese todo lo contrario. Agregan Colin y Capitant que, sin embargo, esta concepción, correspondiente a la de las sociedades primitivas, cedió el puesto a la contraria: la de la transmisibilidad de las obligaciones; eliminándose cada vez más de las relaciones de derecho, la personalidad del deudor y la del acreedor; razón por la cual la obligación, ya desde el punto de vista activo, ya desde el punto de vista pasivo, sólo es considerada hoy por su resultado, es decir, como un elemento del activo o del pasivo del patrimonio, como un valor, tan racionalmente transmisible como los otros valores, como los derechos reales, y, sobre todo, como la propiedad.

A entender de Colin y Capitant[2], la transmisión de créditos entre vivos es una operación relativamente moderna. Los mencionados autores, siguiendo a Girard, señalan que no se conoció du-

(1) COLIN, Ambroise y CAPITANT, Henri. Op. cit., Tomo II, Páginas 339 y 340.
(2) COLIN, Ambroise y CAPITANT, Henri. Op. cit., Tomo II, Página 341.

rante mucho tiempo otro modo de sustitución de un acreedor por otro que la delegación novatoria, procedimiento que exige el consentimiento del deudor; encontrándose más tarde otro expediente que permitía realizar una cesión de crédito, que fue el **procuratio in rem suam**, en la que el acreedor concedía mandato a un tercero (el cesionario) para que procediera en su lugar contra el deudor, dispensando al **procurator** de la obligación de rendir cuentas; observan que en este procedimiento la intervención necesaria del deudor subsiste, pues, en efecto, la transmisión del crédito sólo se verifica por la **litis contestatio** establecida entre el **procurator** y el deudor. Continúan diciendo Colin y Capitant que en el Derecho Romano Imperial, la **procuratio in rem suam** fue modificada en el sentido de que la transmisión del crédito no se realizaba ya por la **litis contestatio**, sino por una notificación hecha al deudor, a partir de la cual éste no tenía derecho a liberarse válidamente pagando al acreedor; admitiéndose que la simple convención de cesión, aunque, en principio, dejaba el crédito en poder del cedente, hacía pasar la acción útil al cesionario; reinando, hasta lo último, la idea de que el crédito en sí mismo no puede separarse del acreedor; **non possunt separari a dominio**, decían los glosadores -según Colin y Capitant-, **sicut nec anima a corpore**; siendo únicamente el beneficio, el emolumento del derecho, lo que pasa al cesionario en forma de acción útil.

Según Roberto de Ruggiero[3], el expediente a que recurrieron los romanos para hacer posible a quien tenía un crédito sin extinguir ni novar la obligación transferirlo a otra persona, consistió por largo tiempo en la institución de la representación procesal; la persona a quien el crédito se quería ceder se constituía en **procurator** o **cognitor** del cedente, se facultaba al representante para ejercitar el derecho en su propia ventaja (**proc. in rem suam**) y para retener para sí el importe de lo cobrado; agrega De Ruggiero que más tarde, para eludir los graves inconvenientes de esta institución -que no transfería irrevocablemente el crédito al **procurator**, sino en el momento de la **contestatio litis**-, se apeló

(3) DE RUGGIERO, Roberto. Op. cit., Tomo I, Páginas 195 y siguientes.

al recurso de la concesión de la **actio utilis** al cesionario; en virtud de esta concesión, quedaba siempre titular de la obligación el acreedor; pero el ejercicio del derecho se transfería al cesionario, quien podía dirigirse, sin necesidad de previo mandato, con acción propia e independiente, contra el deudor cedido.

Así, según el citado tratadista, de estos procedimientos tortuosos, que llegaron en el período tardo del Derecho Romano a operar la sucesión a título particular en los créditos, no necesita el Derecho moderno. La transmisión del crédito a título singular es un fin que se realiza directamente merced a un negocio jurídico especial, que es la cesión en sentido abstracto y técnico; siendo, a decir de De Ruggiero, en ambos sentidos, la cesión una forma de transmisión de los créditos, como lo es la **traditio** en orden a los derechos reales (por lo menos en lo que ésta puede realizar sus funciones en el Derecho actual); pero como quiera que la **traditio** debe tener una **iusta causa**, también la cesión debe basarse en una causa, ya que sin ella sería estéril; y como la cesión puede ser voluntaria y necesaria, según derive de una convención libre de las partes, o sea coactivamente impuesta por la ley, su causa será, en esta última, el precepto legal mismo, y en aquélla un negocio jurídico que podrá ser ya un acto a título gratuito (donación), ya un acto a título oneroso (compraventa, permuta), tanto la constitución de una relación obligatoria cuanto la resolución de una relación preexistente (pago). Consiste la cesión voluntaria, según De Ruggiero, en una convención entre el acreedor y un tercero, dirigida a transmitir y adquirir, respectivamente, el crédito, fundada en una **iusta causa**, que representa el fin económico de la transmisión; razón por la cual la cesión se considera en sí un negocio jurídico causal, distinto del negocio que le sirve de base.

Los profesores franceses Alex Weill y François Terré[4] también hacen referencia a la evolución histórica de esta institución, coincidiendo con De Ruggiero en señalar que no es de antigua data. Entienden también que el Derecho Romano nunca la admi-

(4) WEILL, Alex y TERRE, François. Op. cit., Páginas 939 a 941.

tió por completo, habiéndose servido solamente de los paliativos de esta materia. Así, explican los profesores citados, que en primer lugar se tuvo el recurso para la novación por cambio de acreedor: el nuevo acreedor estipulaba el monto de la deuda, por el deudor; se extinguía la obligación que existía a favor del acreedor primitivo, obteniendo el nuevo acreedor un nuevo crédito; razón por la cual no había la transmisión de un crédito, sino la sustitución de un crédito por otro. A decir de dichos civilistas, desde entonces las garantías que pertenecían al antiguo acreedor no pasaban a manos del nuevo. Por otro lado, el deudor no podía oponer contra el nuevo acreedor las excepciones que podría haber hecho valer contra el anterior; precisan que, por lo demás, la operación exigía el consentimiento del deudor, el mismo que podía impedirla no respondiendo a la estipulación del nuevo acreedor; razón por la cual, la novación no cumplía el mismo papel que la cesión de créditos.

Weill y Terré entienden que el germen de la cesión moderna se encuentra en la **procuratio in rem suam**, que fue un segundo paliativo de la intransmisibilidad de los créditos, supuesto en el cual el acreedor ordenaba a un tercero -el cesionario- para que demandase judicialmente al deudor; y, dispensado el procurador para rendir cuenta, él podía conservar el pago que había obtenido. Pero consideran los autores citados que todavía era insuficiente el procedimiento, pues también implicaba la intervención necesaria del deudor, produciéndose la transferencia del crédito solamente por **la litis contestatio**, relacionando al procurador y al deudor. Hasta aquí el procurador era mandatario, expuesto a la revocación del mandato o a su caducidad después del deceso del mandante.

Según Weill y Terré, posteriormente se admitió la cesión por el simple convenio entre el cedente y el cesionario, adquiriendo este último derecho contra el deudor cedido desde el momento de la celebración del convenio, precisando que únicamente para respetar el principio de incesibilidad, se admitió que éste ejerciera la acción del cedente "bajo forma útil". Agregan esos profesores que un peligro acechaba aún al cesionario: ignorando el cedido sobre la cesión, podía pagar al cedente; asimismo, una Constitución de

Gordiano asignó al cesionario el derecho de hacer una denuncia al deudor, para advertirle que él había adquirido el crédito, prohibiendo al deudor esta **denuntiatio** o notificación a fin de liberarse de manos del antiguo acreedor. A decir de esos juristas, el mismo resultado se podía obtener en el Bajo Imperio, por un acuerdo entre el nuevo acreedor, o sea, el comprador del crédito, y el deudor, acuerdo por cuyos términos el deudor se comprometía a pagarle. Así, mientras mantenía teóricamente la intransmisibilidad de la obligación, el Derecho Romano no estaba lejos de haber empleado la cesión de créditos. Weill y Terré nos dicen que estas dos formalidades (denuncia y aceptación) pasaron al antiguo Derecho; pero que, sin embargo, con la influencia de las ideas feudales, la denuncia tomó un carácter particular; ya que, en la época, no se transmitía un derecho por el simple consentimiento, sino que se necesitaba de una formalidad especial, que por citar un ejemplo, en materia de propiedad de cosas corpóreas, era la tradición. Agregan los profesores citados que en materia de cesión de créditos, se hizo desempeñar el papel de la tradición a la notificación hecha por el comprador al deudor, lo que implicaba, en otros términos, que se realizaba la cesión entre las partes, al mismo tiempo que la hacía oponible a los terceros; de modo que la *Costumbre de París* disponía: "Simple transporte no tomado, falta notificar el transporte por parte". De este modo, aunque se hayan constituido así los mecanismos de la cesión del crédito moderno, la doctrina continuó, incluso en el siglo XVIII, negando la posibilidad teórica de transmitir una obligación.

Fue el Código Napoléon el que rompió con esta tradición, reconociendo y reglamentando la cesión de créditos; la misma que con la extensión del comercio, el Derecho moderno desarrolló conceptualmente y aumentó sus efectos, en especial con la creación de los títulos valores.

Para Enneccerus, Kipp y Wolff[5] la cesión es un contrato por el cual el acreedor anterior transmite un crédito a un nuevo acree-

(5) ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. Op. cit., Tomo II, Volumen I, Página 382.

dor; y por su condición de contrato, es ineficaz la declaración unilateral de cesión si no es seguida de la aceptación.

Resulta sumamente importante la precisión que efectúan, cuando señalan que el contenido de este contrato es la transmisión del derecho de crédito; razón por la cual, la cesión no ha de confundirse con el contrato por el cual se asume una obligación de ceder, citando, por ejemplo, la venta del crédito. Verdad es que con frecuencia la cesión va unida externamente a este negocio básico (e incluso en la venta del crédito va implícito, por regla general, un contrato tácito de cesión), pero, aunque así sea, la cesión es un contrato abstracto; el convenio sobre el fin no forma parte, en modo alguno, del contrato de cesión; de donde se sigue que para probar la cesión basta demostrar que se ha declarado mutuamente la voluntad de ceder.

A decir de De Ruggiero[6], el efecto de la cesión es el de hacer entrar al cesionario en el lugar del cedente, sin cambio alguno en la primitiva obligación. Para Louis Josserand[7], cuando se cede un crédito, el adquirente, al que se llama cesionario, se coloca en el lugar del antiguo acreedor, el cedente; y así, habiendo cambiado el titular del derecho, no cambia el derecho mismo, que continúa idéntico. A entender del profesor brasileño Antonio José de Souza Levenhagen[8], la cesión de crédito es un acto **inter vivos** por el cual alguien se priva de un derecho suyo, en beneficio de otro, o por el cual se transmite un crédito a un nuevo acreedor; siendo, por lo tanto, una operación jurídica consistente en transmitir un crédito de su titular a otro, correspondiendo, de esta manera, una transferencia de propiedad. Levenhagen cita, adicionalmente, las palabras de Clóvis Beviláqua, quien de manera más concisa la define como la transferencia que el acreedor hace de sus derechos a otro.

Según Jorge Joaquín Llambías[9], la cesión de crédito es un

(6) DE RUGGIERO, Roberto. Op. cit., Tomo I, Página 203.
(7) JOSSERAND, Louis. Op. cit., Tomo II, Volumen II, Página 642.
(8) LEVENHAGEN, Antonio José de Souza. Op. cit., Página 195.
(9) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo II - B, Página 13.

convenio por el cual el acreedor transmite voluntariamente sus derechos a un tercero que pasa a investir la calidad de acreedor, en sustitución de aquél. Por su parte, Cazeaux y Trigo Represas[10] acogen la definición que da De Gásperi sobre el particular. El autor paraguayo define a la cesión de créditos como "la convención por la cual el titular de un derecho creditorio, llamado cedente, por una causa conforme a la ley, como la venta, la dación en pago, la permuta o la donación, y sin necesidad de consentimiento del deudor, se obliga en favor de otra persona, llamada cesionario, a transferírselo con la fuerza inherente al título del cual resulta el crédito, y los derechos accesorios, con la facultad de ejercerlos en idéntica medida que él podría hacerlo, contra el deudor cedido."

De otra parte, el profesor colombiano Arturo Valencia Zea[11] entiende que la cesión de crédito mediante transmisión voluntaria es un negocio jurídico de disposición, en virtud del cual un acreedor transmite su crédito a un nuevo acreedor, y es un negocio jurídico que se celebra entre dos personas: el cedente (titular del crédito) y el cesionario (adquirente del crédito). Los profesores franceses Boris Starck, Henri Roland y Laurent Boyer[12] definen a la cesión de crédito como el contrato por el cual el titular actual o cedente, transmite un crédito a otra persona, es decir, al cesionario. Este último adquiere así los derechos que el cedente tenía contra el deudor, llamado deudor cedido.

Los profesores franceses mencionados nos hablan también acerca de la utilidad de la hipótesis más común de cesión: aquella que se produce a título oneroso, considerándola como un mecanismo que presenta múltiples ventajas. Señalan que es, en primer lugar, una operación muy útil para el acreedor actual, futuro cedente. Al estar compuestos los caudales esencialmente de créditos contra el Estado, las colectividades públicas, las sociedades,

(10) CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Tomo II, Páginas 7 y 8.
(11) VALENCIA ZEA, Arturo. Op. cit., Tomo III, Página 393.
(12) STARCK, Boris, ROLAND, Henri y BOYER, Laurent. Op. cit., Páginas 7 a 9.

y de ser estos créditos a plazos, puede ocurrir que el titular de los mismos tenga necesidad de dinero antes de su vencimiento. De esta forma, él podrá procurarse la disponibilidad de dinero inmediatamente, vendiendo su crédito antes que éste se vuelva exigible; a lo que se podría agregar que mediante la cesión, el acreedor se ahorra las eventuales molestias y gastos de un proceso de cobranza. Como otro argumento a favor de la cesión de créditos, Starck, Roland y Boyer señalan que también se observa una ventaja por el lado del futuro acreedor, es decir, el cesionario, quien puede buscar una nueva inversión (un crédito cuyo deudor sea solvente presenta plena garantía) o al contrario, especular o comprar por debajo del valor nominal un crédito dudoso. Los autores citados expresan, además, que de manera general, a semejanza de la compensación y de la novación, la cesión de créditos tiene por efecto simplificar las operaciones jurídicas; y como muy a menudo una persona es acreedor por un lado y deudora por otro, sin cesión de créditos esta persona debería hacer que le pague el primero y pagar al segundo; pero mediante la transferencia al deudor, el acreedor cederá el crédito del cual es titular contra un tercero, en pago de lo que él mismo debe; por lo que, en lugar de dos acciones una sola será suficiente. Por otro lado, agregan Starck, Roland y Boyer, que la institución tiene el mérito de facilitar la transferencia de deudas y de créditos comprendidos dentro de la universalidad, como se produce en el caso de la cesión de un fondo de comercio o de un negocio; señalan, por último, que la cesión de créditos actúa a manera de un seguro. En tal orden de ideas, Primus, deudor de Secundus, le cede a este último, sin estipular un precio, el crédito que tiene contra Tertius; teniendo Primus dos opciones: o bien Primus cumple con su compromiso y Secundus efectúa una retrocesión del crédito cedido, y eventualmente el dinero recibido si Tertius ha satisfecho el pago; o, por otro lado, Primus no ejecuta el pago y Secundus se hará pagar gracias al crédito retenido contra Tertius, caso en el cual se hablará de cesión de crédito fiduciaria.

En lo referente al Código Civil Peruano de 1984, recordamos, en primer término, que el Capítulo mencionado no tiene antecedentes del coautor de esta obra Felipe Osterling Parodi, porque él fue redactado por dos distinguidos juristas, los Doctores

Fernando Vidal Ramírez y Manuel de la Puente y Lavalle, poco antes de entregarse el Proyecto, al considerar la Comisión Reformadora, con buen criterio, que la cesión de derechos debía sustituir al denominado contrato de cesión de créditos.

En el mes de octubre de 1980 fue presentado al seno de la Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil de 1936, un Anteproyecto sobre la Cesión de Derechos, por parte del Doctor Fernando Vidal Ramírez. El articulado del mencionado Anteproyecto era el siguiente:

"DE LA CESION DE DERECHOS"

"**Artículo 1.**- Por la cesión el cedente se obliga a transferir al cesionario, a título oneroso, la prestación a cargo de su deudor.

Artículo 2.- Puede celebrarse la cesión cuando a ella no se opone el carácter estrictamente personal del derecho, la ley o la convención con el deudor.

Artículo 3.- Pueden cederse derechos que sean materia de controversia judicial o contienda administrativa. En tal caso, no pueden ser cesionarios el juez, funcionario, abogado, procurador, secretario o perito que intervengan o hayan intervenido en el proceso, ni el notario por ante quien se celebre transacción.

Artículo 4.- La cesión debe constar por escrito, debiendo el cedente entregar al cesionario los documentos probatorios del derecho que cede y que se encuentren en su poder.

Artículo 5.- La cesión produce efectos contra el deudor cedido, desde que éste la acepta o le sea notificada.

Artículo 6.- El deudor que cumple la prestación no queda liberado ante el cesionario si éste prueba que dicho deudor estaba en conocimiento de la cesión ya realizada.

Artículo 7.- El cedente queda obligado al saneamiento del derecho cedido, salvo pacto en contrario.

Artículo 8.- Puede el cedente garantizar la solvencia del deudor. En tal caso, responde dentro de los límites de cuanto ha recibido y queda obligado al pago de intereses y al reembolso de los gastos de la cesión y de los que el cesionario haya realizado para ejecutar al deudor.

Artículo 9.- Puede cederse el derecho a participar en un patrimonio hereditario ya causado, quedando el cedente obligado a sanear su calidad de heredero."

La Exposición de Motivos con la que el Doctor Fernando Vidal Ramírez sustentaba su ponencia, es transcrita a continuación:

"El Anteproyecto plantea una innovación respecto de la nominación del contrato materia del Título II de la Sección Quinta del Libro del Derecho de las Obligaciones en cuanto prefiere denominarlo Cesión de Derechos. Esta innovación se fundamenta en el contenido mismo del concepto de 'crédito'.

Según el Diccionario de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas (Tomo I, Sexta Edición, Buenos Aires, 1968), crédito viene del latín **creditum**, de **credere**, creer, confiar; y, dentro de los diversos significados del vocablo, en su acepción jurídica, es el derecho a recibir de otro alguna cosa, por lo general dinero; es la facultad de exigir el cumplimiento de una prestación. Esta acepción nos coloca frente a la idea de un derecho subjetivo, entendiendo por tal la facultad, poder o potestad individual de exigir, permitir o prohibir algo a los demás. Messineo (Manual de Derecho Civil y Comercial, Tomo II, Buenos Aires, 1971, Página 9) le da al derecho subjetivo, entre otras manifestaciones, el de ser una pretensión a que otro (sujeto pasivo de una relación jurídica) se compromete de un modo determinado.

En la doctrina nacional, los más renombrados comentaristas del Código Civil de 1936 le dan también esta connotación al vocablo crédito. Según Angel Gustavo Cornejo (Código Civil. Exposición Sistemática y Comentario, Tomo II, Volumen II, Página 248) la palabra crédito incluye no sólo el derecho de cobrar una suma de dinero, sino cualquier derecho o acción contra tercero. León Barandiarán (Contratos en el Derecho Civil Peruano, Tomo I, Página 179) define crédito como la facultad de exigir el cumplimiento de una obligación de dar, hacer o no hacer.

Al plantear el Anteproyecto la denominación del contrato en los términos en que lo deja formulado, considero indispensable sustraer toda noción de derecho real y abstraer todo aspecto documental, concibiendo el objeto del contrato como un ente ideal y precisar que se trata de un bien incorpóreo, de un derecho personal derivado de una vinculación jurídica pre-existente.

Aun cuando el Legislador de 1936 concibió la cesión de créditos como un contrato autónomo, pues lo legisló bajo un título especial, el Anteproyecto plantea la necesidad de concretar la naturaleza contractual de la cesión de créditos -antecedente y fuente del que se somete a consideración de la Comisión encargada del Estudio y Revisión del vigente Código- y reafirmar su autonomía. Es preciso, por ello, el deslinde respecto de otros actos jurídicos para confirmar la autonomía y ratificar el criterio ya establecido por el codificador peruano, salvando los aspectos conceptuales equívocos del articulado del Código vigente.

Según doctrina uniforme, cesión es la renuncia o transmisión, gratuita u onerosa, que se hace de una cosa, crédito, acción o derecho a favor de otra persona. Puede efectuarse por venta, donación, permuta, dación en pago, legado o cualquier otro título eficaz. León Barandiarán (Obra citada, Página 178) considera también que la cesión **latu sensu** puede resultar contenida dentro de operaciones jurídicas de diversa índole pero, para precisar la verdadera connotación jurídica de la cesión de créditos como contrato autónomo, señala que debe tratarse de una transmisión onerosa.

Con las ideas expuestas y en la consideración de que todo contrato es un acto **inter vivos**, con la denominación que se plan-

tea y las dos notas típicas que el Anteproyecto reivindica -el carácter incorpóreo del objeto y la onerosidad-, considero que se aclara la noción del contrato y se evitan las confusiones a que induce el articulado del actual Código.

Por último, estimo oportuno hacer salvedad en cuanto a que el contrato de Cesión de Derechos no debe ser confundido con el de Cesión de Contrato; en éste -como lo precisa el Código Civil Italiano- el cesionario se sustituye al cedente en todas las relaciones derivadas de un contrato con prestaciones recíprocas y, en aquél, lo que se cede es sólo una o más de las prestaciones exigibles al deudor. Además, los derechos cesibles no tienen que haberse originado, necesariamente, en un contrato."

Posteriormente, el Doctor Fernando Vidal hace un análisis y comentario de cada una de las normas de su Anteproyecto:

"'**Artículo 1**.- Por la cesión de derechos el cedente se obliga a transferir al cesionario, a título oneroso, la prestación a cargo de su deudor.'

La norma que se formula pretende ser congruente con la idea elemental de todo contrato, esto es, constituir fuente de obligaciones. Plantea también el carácter enajenativo del contrato y su naturaleza sinalagmática; sólo son partes el cedente y el cesionario y entre ambos se generan obligaciones recíprocas, constituyendo para el cedente un derecho, lo que es obligación para el cesionario y viceversa.

En el planteamiento de la norma, como se ha dejado ya advertido, no sólo se pretende dar cabida a un derecho crediticio sino, además, a todo otro derecho personal. De este modo, también, se pretende innovar el actual Código, pues se concibe la cesión de derechos, dando contenido a la cesión de créditos en sentido estricto, y no como en el articulado vigente que la hace concurrir con la cesión de derechos en general e, inclusive, con la cesión de derechos hereditarios.

Pero la norma que se formula pretende además -con la referencia expresa a la onerosidad- erradicar del contenido conceptual del contrato toda otra enajenación de derechos que no sea a título oneroso. El Anteproyecto hace expresa exclusión, no sólo de las cesiones gratuitas, sino también de las que puedan operarse en garantía, pago u otra causa. De ahí, que hace énfasis en la naturaleza contractual propia de la cesión y la Exposición de Motivos plantea la necesidad de evitar la confusión con la cesión referida a un contrato, pues, en todo caso, el derecho a exigir una determinada prestación originada en un contrato puede ser objeto de esta operación jurídica, mas no la cesión del contrato mismo.

Por último, la norma que se plantea quiere relievar el carácter bilateral y sinalagmático de la cesión. Se forma con las manifestaciones de voluntad, confluentes, del cedente y del cesionario y sólo entre ellos genera obligaciones; para la validez de la cesión no es necesario el consentimiento del deudor.

'**Artículo 2**.- Puede celebrarse la cesión cuando a ella no se opone el carácter estrictamente personal del derecho, la ley o la convención con el deudor.'

La norma se inspira en el artículo 1456 del Código vigente. Parte también del supuesto de que todo derecho es cesible, pero, al mismo tiempo, que no todos pueden ser objeto de cesión, sea por su carácter estrictamente personal, por imperativo de la ley o por pacto con el deudor. La cesibilidad del derecho es, pues, la regla general.

La primera excepción a la regla resulta del carácter estrictamente personal del derecho, de aquellos constituidos **intuitu personae** del acreedor y cuya voluntad, para su ejercicio, nadie puede suplir. El Anteproyecto ha cuidado de no fundar la excepción en el carácter personalísimo del derecho con la finalidad de evitar confusión, pues el objeto del contrato es un derecho patrimonial, creditorio y, en este sentido, personal. La excepción se funda, pues, en el atributo de personalísimo que la ley confiere, en cuanto que es inherente a la persona del acreedor. Esta doctrina está contenida en la norma del artículo 1232 del Código Civil y se expresa, por ejemplo, en la norma del artículo 1138, y en el

principio general que contiene el artículo 657, en cuanto al derecho a heredar.

La segunda excepción resulta de la prohibición de la ley. Ella debe ser consecuencia de norma expresa. Así, por ejemplo, el derecho de pedir alimentos (artículo 454), el derecho adquirido por un pacto de preferencia (artículo 1438) y el derecho de retraer (artículo 1448), entre otros.

Por último, la incesibilidad puede pactarse y constituye la tercera excepción a la regla general. Su fundamento radica en la autonomía de la voluntad y en el principio de que el pacto es ley entre las partes. Desde luego, que el pacto de incesibilidad puede tener varios matices: puede prohibir la cesión en términos absolutos o relativos; en este último caso, que la cesión sólo sea posible con el consentimiento del deudor o dentro de determinados requisitos o en función de personas.

'**Artículo 3.**- Pueden cederse derechos que sean materia de controversia judicial o contienda administrativa. En tal caso, no pueden ser cesionarios el juez, funcionario, abogado, procurador, secretario y perito que intervengan o hayan intervenido en el proceso, ni el notario ante quien se celebre transacción.'

El Anteproyecto introduce la posibilidad de cesión de derechos en litigio o en contienda administrativa. La norma se sitúa frente al problema de la capacidad para celebrar el contrato. Siguiendo la sistemática del actual Código, se estima que no es necesario establecer una capacidad especial, bastando tan sólo la capacidad común.

No obstante, se considera conveniente introducir también una prohibición para impedir que accedan como cesionarios de derechos quienes de algún modo han participado en el proceso judicial o contencioso-administrativo y que por ello pueden adquirir una indebida ventaja. La transgresión a la norma debe acarrear la nulidad del contrato.

'**Artículo 4**.- La cesión debe constar por escrito, debiendo el

cedente entregar al cesionario los documentos probatorios del derecho que cede y que se encuentren en su poder.'

El numeral que se propone no tiene antecedente en el vigente Código. Considera el Anteproyecto que es necesario prescribir una formalidad y que ésta tenga el carácter de **ad probationem**. Su inobservancia no acarrea la nulidad del contrato, pues su existencia podrá demostrarse por medios de prueba supletorios, como sería el caso, por ejemplo, de la posesión por el cesionario de los documentos probatorios del derecho cedido.

La norma propuesta no debe ser entendida en el sentido de que la cesión deviene en un contrato real, pues aparte de que la clasificación de los contratos en reales y consensuales es ya calificada como superflua por la doctrina, lo que se pretende es tan sólo la materialización del consentimiento mediante una forma escrita.

La entrega de los documentos probatorios del derecho cedido sólo es obligatoria ante la existencia de tales documentos y siempre que obren en poder del cedente. Se establece, desde ya, una vinculación de este dispositivo con los que norman la obligación de saneamiento inherente a todo contrato enajenativo a título oneroso.

'**Artículo 5**.- La cesión produce efectos respecto del deudor cedido, desde que éste la acepta o le sea notificada.'

El precepto tiene su antecedente en el artículo 1457 del actual Código, pero pretende evitar la equívoca interpretación que ha suscitado hasta su esclarecimiento por la doctrina y la jurisprudencia.

Los artículos precedentes, y particularmente el numeral 1, han dejado claramente establecido que son partes del contrato únicamente el cedente y el cesionario; la presencia del deudor es la de un tercero.

Al igual que en el artículo 1457 vigente, el Anteproyecto

plantea la posibilidad de que el contrato sea sometido al deudor para su aceptación, pero sin que su consentimiento confiera eficacia a la cesión. Por ello, es suficiente también que tan sólo se le notifique. Esta notificación puede ser escrita y puede también estar constituida por cualquier forma de emplazamiento judicial.

El sentido de la norma no es otro, pues, que darle oportunidad al deudor cedido de oponerse a la cesión si la incesibilidad ha sido previamente pactada con el cedente, o si se dan las otras dos excepciones que consagra el numeral 2 del Anteproyecto.

'**Artículo 6.**- El deudor que cumple la prestación no queda liberado ante el cesionario si éste prueba que dicho deudor estaba en conocimiento de la cesión ya realizada.'

La norma propuesta es necesaria consecuencia del numeral anterior y se inspira en el artículo 1264 del Código Civil Italiano. Conocida de algún modo la cesión, el deudor no puede sustraerse a sus efectos y debe considerar como su acreedor al cesionario.

El precepto se fundamenta en consideración a la buena fe como principio rector de toda relación jurídica.

'**Artículo 7.**- El cedente queda obligado al saneamiento del derecho cedido, salvo pacto en contrario.'

La norma que se propone se inspira en el artículo 1458 del Código vigente y con ella se reitera el carácter oneroso de la cesión. Así, dentro de la sistemática que plantea el Anteproyecto, su sentido es no dejar dubitación en cuanto al efecto propio de toda enajenación a título oneroso.

Sabido es que la obligación de saneamiento es un elemento natural de todo acto o contrato oneroso. De conformidad con las normas que regulan la garantía de saneamiento, la misma puede ser materia de convención entre el cedente y el cesionario, sea para ampliarla, restringirla o excluirla, todo ello en virtud de la autonomía de la voluntad.

La obligación de saneamiento, en este caso, está referida a la existencia y virtualidad del derecho que se cede y su legitimidad. De este modo, se garantiza al cesionario la adquisición de un derecho vigente, en la posibilidad de plantearse su exigibilidad. Por ello, de no mediar pacto en contrario, el cedente debe responder si se ha extinguido el derecho que cede por cualquier causa que le sea imputable hasta antes de celebrada la cesión. El contrato puede ser, pues, en virtud de la obligación de saneamiento que le es inherente como elemento natural, conmutativo, y, si media convención en contrario, puede ser aleatorio.

El efecto de la obligación contenida en la norma es la responsabilidad del cedente por la contraprestación percibida, más daños y perjuicios.

'**Artículo 8.**- Puede el cedente garantizar la solvencia del deudor. En tal caso, responde dentro de los límites de cuanto ha recibido y queda obligado al pago de intereses y al reembolso de los gastos de la cesión y de los que el cesionario haya realizado para ejecutar al deudor.'

La fórmula propuesta complementa la del numeral anterior y tiene su fuente en los artículos 1459 y 1460 del Código en vigencia. Si bien el sentido es el mismo, considera el Anteproyecto que al fusionar ambos preceptos, se da una integración que guarda mayor conformidad con la sistemática del Anteproyecto, partiendo siempre del supuesto de la onerosidad del contrato.

Al igual que en las disposiciones que le sirven de antecedente, el Anteproyecto mantiene el carácter convencional de la obligación de sanear referida, exclusivamente, a la solvencia del deudor. Obviamente a la solvencia al tiempo de celebrarse la cesión y no al momento en que pueda plantearse la exigibilidad en cuanto al cumplimiento.

No ha planteado el Anteproyecto, como lo hace el Código vigente, situaciones especiales como las que puedan derivarse de la presencia de elementos modales. Y no lo plantea, porque se parte del supuesto necesario de que debe existir convención para

que el cedente asuma la obligación de garantizar la solvencia del deudor.

Los efectos propios de la responsabilidad del cedente se plantean también dentro del carácter supletorio de la misma.

'**Artículo 9**.- Puede cederse el derecho a participar en un patrimonio hereditario ya causado, quedando el cedente obligado a sanear su calidad de heredero.'

Al igual que el vigente Código, el Anteproyecto legisla sobre la cesión de derecho hereditario en la consideración de que con la norma propuesta mejora los términos en que están concebidos los artículos 1461, 1462 y 1463 por el Legislador del 36.

La redacción propuesta supera el tenor de las disposiciones del Código en esta materia, pues evita confusión e interpretaciones equívocas, como resultan de la conjunción de las disposiciones contenidas en los artículos 1338 y 1396 del Código en vigencia, en su concordancia con los artículos que sirven de antecedente a la norma que se plantea.

Con la referencia, pues, de que lo que se cede es el derecho -no a la herencia- a un patrimonio hereditario ya causado, considera el Anteproyecto que salva todos los defectos de interpretación. La explicitez de la norma así lo permite.

No obstante que la obligación de saneamiento ha sido ya expuesta como regla general -susceptible de pacto en contrario en el numeral 7 del Anteproyecto- se considera oportuno y conveniente, dada la especialidad del derecho materia del contrato, que es una consecuencia necesaria y obligatoria de la cesión la de sanear la calidad de heredero, único título que hace posible la cesión. Contra esta obligación no cabe pacto en contrario y el sentido que le da el Anteproyecto es el de ser de carácter preceptivo.

No se reproducen normas como las de los artículos 1462 y 1463, por cuanto la cesión de derecho hereditario es, en sí misma, por su naturaleza, un contrato dentro del cual deben quedar

librados a la convención entre las partes los aspectos a que se refieren los numerales citados, esto es, aspectos relativos al aprovechamiento de alguno de los bienes que conforman el patrimonio hereditario, el pago de las deudas y cargas y demás.

El Anteproyecto ha considerado innecesario legislar, como lo hace el vigente Código en el artículo 1464, sobre la cesión por ministerio de la Ley. Al no constituir un contrato, legislar sobre ella afectaría la sistemática del Anteproyecto, como ocurre con la propia sistemática del Código en vigencia.

Lima, octubre de 1980."

A raíz del Anteproyecto del Doctor Fernando Vidal Ramírez y de su respectiva Exposición de Motivos, que antes hemos transcrito, se produjo un memorándum del Doctor Manuel de la Puente y Lavalle, comentando el del Doctor Vidal.

A continuación transcribimos el texto del aludido memorándum:

"MEMORANDUM"

"COMENTARIOS AL ANTEPROYECTO DEL DOCTOR FERNANDO VIDAL RAMIREZ SOBRE LA CESION DE DERECHOS"

"(1) En primer lugar, debo expresar mi total conformidad con el nombre que se da a esta institución, apartándose así de la impropia denominación de cesión de créditos dada por el Código Civil vigente.

La cesión de créditos no es sino una especie dentro de un género más amplio, constituido por la cesión de derechos, pues comprende no sólo los créditos, esto es los derechos de obligación de una persona respecto de otra, sino también toda clase de derechos patrimoniales transferibles, o sea que no sean inheren-

tes a la persona, siempre que no tengan por ley un procedimiento distinto de traslación.

(2) Tengo una observación de fondo respecto a la metodología legislativa que se propone en el Anteproyecto para la cesión de derechos.

El Anteproyecto considera la cesión de derechos como un contrato particular y la ubica, así, en la Sección correspondiente a estos contratos, siguiendo el ordenamiento del Código Civil vigente.

Pienso que la cesión de derechos es un acto jurídico cuya finalidad es establecer el modo como se transmiten los derechos que han sido adquiridos o transferidos en virtud de título distinto, bien sea contractual, como es el caso de la compraventa, la permuta, la donación, etc. de derechos, o bien extracontractual, como en el caso de la herencia o una disposición legal.

En lo que se refiere a las transferencias por título contractual, debe destacarse que tanto el Anteproyecto del doctor Fernando Vidal sobre el contrato de permuta, como el Anteproyecto sobre el contrato de compraventa redactado por mí, contemplan expresamente no sólo la transferencia de la propiedad de las cosas sino también la transferencia de derechos, con lo cual se pone de manifiesto que, siendo tales contratos consensuales y no traslativos, el título mediante el cual opera la transferencia del derecho es el respectivo contrato y el modo de la transmisión es la cesión, de la misma manera como en la transferencia de la propiedad de cosas muebles el título es el contrato de permuta o compraventa y el modo de adquisición es la entrega.

Respecto al título extracontractual puede consistir en cualquier acto o situación a la que el Derecho reconoce el poder de generar la transferencia de derechos.

Tal como dice Von Tuhr, la cesión no constituye un contrato en sentido estricto, es decir, una convención creadora de obligaciones, sino un acto de disposición, por medio del cual el derecho

sale del patrimonio del cedente y entra en el patrimonio del cesionario, por lo cual tiene más semejanza con el traspaso de la propiedad que con el contrato como fuente de obligaciones.

Por ello, sugiero que la cesión de derechos sea legislada en una Sección especial del Libro sobre el Derecho de las Obligaciones, en forma similar a como lo hacen los Códigos Alemán (artículos 398 y siguientes), Suizo de las Obligaciones (artículos 164 y siguientes), Brasileño (artículos 1065 y siguientes), Italiano (artículos 1260 y siguientes), Mexicano (artículos 2029 y siguientes), Portugués (artículos 577 y siguientes) y Boliviano (artículos 384 y siguientes), así como el Proyecto de Código Brasileño (artículos 284 y siguientes).

(3) Consecuente con el planteamiento que se hace en el punto (2), que precede, sugiero que no se considere que por la cesión el cedente se obliga a transferir la prestación a cargo de su deudor, tal como se hace en el artículo 1° del Anteproyecto, sino que se establezca que por la cesión se cede el derecho a exigir la prestación, lo cual está más de acuerdo con la naturaleza del acto de disposición que tiene la cesión.

(4) Igualmente sugiero que, en dicho artículo 1° se suprima la indicación de que la cesión es a título oneroso, pues dentro del planteamiento que hago el título para la transferencia está dado por la relación contractual o extracontractual que genera la obligación de transferir el derecho.

(5) Como último comentario al artículo 1° sugiero que se ponga de manifiesto en él que la cesión puede hacerse aun sin el asentimiento del deudor cedido, pues esto constituye uno de los rasgos más propios de la cesión de derechos.

(6) Como consecuencia de lo manifestado en los puntos (3), (4) y (5) que preceden, sugiero que el artículo 1° tenga la siguiente redacción:

Artículo 1°.- 'Por la cesión el cedente cede al cesionario el derecho de exigir la prestación a cargo de su deudor, aun sin el asentimiento de éste.'

(7) En el artículo 2° podría sustituirse la palabra 'celebrarse' por 'efectuarse', para poner de manifiesto el carácter transmisivo.

Además, convendría agregar un párrafo que establezca que la prohibición convencional no puede ser opuesta al cesionario, a no ser que éste la conociera al momento de la cesión.

(8) En el artículo 3° convendría establecer cuál es la sanción por la violación de lo prohibido por dicho artículo.

Sugiero que se declare la anulabilidad de la cesión a pedido del cedente o del deudor, para evitar que el cesionario puede invocarla si después comprobase que le ha resultado perjudicial.

(9) También sugiero que se precise que la cesión puede ser de la totalidad del derecho o de una parte de él. En este último caso el cedente debe entregar al cesionario del título copia auténtica del título, lo que convendría indicar en el artículo 4°.

(10) Resulta aconsejable consignar una disposición según la cual, a falta de convención en contrario, la cesión de derechos comprende la transmisión al cesionario de los privilegios, las garantías reales y personales, así como los demás derechos accesorios del derecho transmitido.

En el caso de la cosa dada en prenda, ella debe ser entregada al cesionario si estuviese en poder del cedente, mas no si estuviese en poder de un tercero.

(11) En el artículo 6° convendría precisar que la cesión de que trata dicho artículo debe hacerse aun antes de la notificación o de la aceptación, y que la prestación debe entenderse cumplida respecto al cedente, pues si fuera cumplida en favor del cesionario ningún perjuicio se habría causado.

(12) Sería aconsejable consignar una disposición en el sentido que si un mismo derecho fuese cedido a varias personas, prevalece la cesión que primero fue notificada al deudor o que éste hubiera aceptado.

(13) En el artículo 7° convendría sustituir la palabra 'sanear' por 'garantizar la existencia y exigibilidad', ya que el saneamiento no siempre es una garantía de estos dos extremos.

(14) Sugiero que al final del artículo 8° se indique que cabe pacto distinto, ya que es posible que el cedente y el cesionario convengan en ampliar o restringir la garantía.

Lima, 10 de marzo de 1981."

Seguidamente, se produjo un segundo memorándum del propio Doctor Manuel de la Puente, en el cual proponía que el Doctor Max Arias-Schreiber Pezet dirimiese la discrepancia surgida sobre la ubicación del tema de la cesión de derechos en el Proyecto de Código Civil que se estaba elaborando, además de proponer un articulado sobre la materia. Seguidamente el texto del aludido memorándum del Doctor de la Puente:

"MEMORANDUM"

"PARA: DOCTOR JORGE MUÑIZ ZICHES"

"El Doctor Fernando Vidal Ramírez formuló el proyecto sobre la Cesión de Derechos, considerándola como un contrato nominado que constituye el título para la transferencia del derecho.

Personalmente pienso que la Cesión de Derechos es un acto jurídico cuya finalidad es establecer el modo como se transmiten los derechos que han sido adquiridos o transferidos en virtud de un título distinto, bien sea contractual o extracontractual, por lo cual debe ser legislada en una sección especial del Libro sobre las Obligaciones.

El Doctor Vidal y yo convinimos en someter nuestra amigable discrepancia a la consideración del Doctor Max Arias Schreiber, cuya opinión respetamos ambos en grado extremo.

Mediante su carta de 15 del mes en curso, de cuya parte pertinente acompaño una fotocopia, el Doctor Arias-Schreiber se pronuncia en el sentido que la Cesión de Derechos no es un contrato sino un acto de disposición y conviene en que sea legislada en el Libro sobre Derecho de Obligaciones.

Si el Doctor Vidal estuviera de acuerdo con la posición del Doctor Arias-Schreiber, sugiero que la Cesión de Derechos sea ubicada como una Sección Unica de un nuevo Capítulo VIII, titulado "Transmisión de las Obligaciones", del Título Primero del Libro VI.

El texto del articulado de dicha Sección sería el que figura en el documento adjunto.

Quedo a la espera de la decisión del Doctor Felipe Osterling sobre esta modificación a introducirse en su proyecto sobre Derecho de Obligaciones.

Lima, 23 de junio de 1981."

"TEXTO DE LOS ARTICULOS PROPUESTOS POR EL DOCTOR MANUEL DE LA PUENTE"

"CAPITULO VIII

Transmisión de las Obligaciones

SECCION UNICA

Cesión de Derechos

Artículo____.- La cesión es el modo como el cedente transfiere al cesionario el derecho a exigir la prestación a cargo de su deudor, aun sin el asentimiento de éste.

Artículo____.- Puede efectuarse la cesión cuando a ella no se opone el carácter estrictamente personal del derecho, la ley o la convención con el deudor.

El convenio por el que se prohíbe o restringe la cesión sólo es oponible al cesionario de buena fe, si consta del instrumento de la obligación o se prueba que el cesionario lo conocía al momento de la cesión.

Artículo____.- Salvo pacto en contrario, la cesión de derechos comprende la transmisión al cesionario de los privilegios, las garantías reales y personales, así como los demás derechos accesorios del derecho transmitido.

En el caso de una cosa dada en prenda, ella debe ser entregada al cesionario si estuviese en poder del cedente, mas no si estuviese en poder de un tercero.

Artículo____.- Pueden cederse derechos que sean materia de controversia judicial o contienda administrativa.

En tal caso, no pueden ser cesionarios los magistrados, funcionarios, abogados, procuradores, secretarios o peritos que intervengan o hayan intervenido en el proceso, ni los notarios por ante quienes se celebren los actos que sirven de base a la cesión.

Artículo____.- La violación de lo prohibido en el segundo párrafo del artículo anterior da lugar a la anulación de la cesión, a pedido del cedente o del deudor.

Artículo____.- La cesión debe constar por escrito, debiendo el cedente entregar al cesionario los documentos probatorios del derecho que cede y que se encuentren en su poder, si existiesen.

Si se ha cedido sólo una parte del crédito, el cedente debe entregar al cesionario una copia auténtica del título.

Artículo____.- La cesión produce efectos contra el deudor cedido desde que éste la acepta o le sea comunicada.

Artículo____.- El deudor que, aun antes de la comunicación o de la aceptación, cumple la prestación respecto al cedente no queda liberado ante el cesionario si éste prueba que dicho deudor estaba en conocimiento de la cesión ya realizada.

Artículo____.- Si un mismo derecho fuese cedido a varias personas, prevalece la cesión que primero fue notificada al deudor o que éste hubiera aceptado.

Artículo____.- El cedente queda obligado a garantizar la existencia y exigibilidad del derecho cedido, salvo pacto en contrario.

Artículo____.- Puede el cedente garantizar la solvencia del deudor.

En tal caso, responde dentro de los límites de cuanto ha recibido y queda obligado al pago de los intereses y al reembolso de los gastos de la cesión y de los que el cesionario haya realizado para ejecutar al deudor, salvo pacto distinto.

Artículo____.- Puede cederse el derecho a participar en un patrimonio hereditario ya causado, quedando el cedente obligado a garantizar su calidad de heredero."

Por todo lo expuesto, es que las normas sobre la cesión de derechos integran el Capítulo Unico del Título VIII -sobre transmisión de las obligaciones- de la Sección Primera del Libro VI del Código Civil de 1984.

Como ha podido ser apreciado de los memorando antes transcritos, de los Doctores Fernando Vidal Ramírez y Manuel de la Puente y Lavalle, al optar por la expresión "cesión de derechos" y al ubicar esta figura jurídica en el Libro sobre las Obligaciones, el legislador de 1984 se ha apartado de la terminología utilizada por el Código Civil de 1936, que hablaba de "cesión de créditos". El legislador trata ahora a esta figura, no como un contrato nominado, tal como lo hizo el Código anterior, sino como una modalidad obligacional consistente en ceder derechos, lo que se

adecúa a su verdadera naturaleza. Su nombre y ubicación en el Código de 1936 merecía dos críticas: en primer lugar, que lo que se cede no es un crédito, sino el derecho a hacer efectivo un crédito; y luego, que no constituye necesariamente un contrato, pues el derecho se puede adquirir, por ejemplo, por herencia.

Como hemos visto, la cesión de créditos no es sino una especie dentro de un género más amplio constituido por la cesión de derechos. Los derechos comprenden no sólo los créditos, esto es, los derechos de obligación de una persona respecto de otra, sino toda clase de derechos patrimoniales transferibles, siempre que no tengan por ley un procedimiento de transmisión distinto.

Mediante la cesión se transmiten los derechos que han sido adquiridos o transferidos en virtud de título distinto, ya sea contractual -una compraventa, por ejemplo- o extracontractual -por ejemplo, la herencia- o cuando una disposición legal así lo ordena.

Sin embargo debemos señalar que, si se observan las normas del Código de 1984 sobre los contratos de compraventa y permuta, se infiere que ellas regulan expresamente sólo la transferencia de propiedad de bienes, pero no la transferencia de otros derechos distintos al derecho de propiedad. Se ha buscado, a través de la reglamentación del tema de la cesión de derechos en el Código vigente, que se utilice esta vía para efectuar la transmisión de dichos otros derechos, para los cuales no existe un conducto taxativamente preestablecido por el propio Código. No obstante ello, debemos reconocer que la redacción actual del artículo 1206 -primera de las normas sobre cesión de derechos-, no aclara esta posibilidad, sino que más bien se puede deducir del mismo que está regulando solamente la cesión del derecho a exigir el cumplimiento de créditos.

Por ello, consideramos que hubiese sido conveniente que el texto del referido artículo 1206 del Código Civil Peruano contemplase expresamente esta posibilidad, con lo cual sus bondades -manifiestas, por cierto- se hubieran visto engrandecidas. Así lo

expresamos más adelante en nuestra propuesta de eventual modificación legislativa del precepto y su respectivo fundamento.

Desde la perspectiva extracontractual, el título puede consistir en cualquier acto o situación a la que se reconozca la capacidad de generar la transferencia de derechos.

Como expresa Von Thur -a quien cita el Doctor Manuel de la Puente (tal como ha sido visto anteriormente)-, la cesión no constituye un contrato en sentido estricto, es decir, una convención creadora de obligaciones, sino un acto de disposición por medio del cual el derecho sale del patrimonio del cedente e ingresa en el patrimonio del cesionario. Sin embargo, algunos autores disienten de esta opinión, como es el caso de Doménico Barbero[13], según el cual la cesión es un contrato, esto es, un "negocio" bilateral, en el cual intervienen dos partes: el acreedor enajenante y el tercero adquirente. Señala además Barbero que no es un contrato típico; no dando lo mismo decir "cesión" o "venta", porque la venta es siempre onerosa y tiene "típicamente" el esquema de un intercambio de cosa con precio; en tanto que la "cesión del crédito" puede ocurrir, en cambio, a título gratuito y a título oneroso, por donación o por pago (**solvendi causa**), especificándose, según los casos, en una "donación", o en una "venta" (que podría también ser "permuta"), o en una "**datio in solutum**" (prestación en lugar de cumplimiento); concluye Barbero que la "cesión" puede ser considerada como un sinónimo del término genérico de enajenación, aplicado a la transferencia de los créditos -aunque no reservado exclusivamente a este campo-.

Por otra parte, en la cesión de derechos tenemos, necesariamente, la intervención de tres sujetos:

(1) El acreedor, quien va a ceder su derecho. A esta parte se le denomina "cedente."

(2) El deudor, cuya obligación va a cederse en favor de una tercera persona. Al deudor se le denomina "cedido".

---

(13) BARBERO, Doménico. Op. cit., Tomo III, Página 292.

(3) El tercero, ajeno a la relación obligacional, a quien el cedente va a ceder sus derechos respecto al deudor. A este tercero se le denomina "cesionario".

La cesión de derechos tiene como característica fundamental el ser un acto de disposición, pues importa variar la conformación del patrimonio del acreedor de la obligación cuya exigibilidad se cede.

El artículo 1206 establece, adicionalmente, que la cesión podrá hacerse inclusive sin el asentimiento del deudor, lo que implica que puede hacerse, aun, con la negativa de éste.

Cabe mencionar que el contrato por el cual se cede un derecho podrá realizarse tanto a título gratuito como a título oneroso. La ley omite hacer mención sobre este particular, porque ello es obvio.

Aquí deseamos señalar que algunos autores contemporáneos observan que la circulación de créditos presenta algunos peligros. Así, Starck, Roland y Boyer[14] expresan que las necesidades del cedente pueden ser explotadas, y el acreedor, presionado por la necesidad de dinero, cederá su crédito a bajo precio; agravándose este inconveniente cuando el crédito es dudoso o litigioso, lo que podrá conducir a un cedente que ignore sus derechos, a correr el riesgo de deshacerse de un crédito a precio muy inferior de su valor real. Agregan los autores citados que, sobre todo en estas circunstancias, el deudor cedido se expone a ser entregado a un nuevo acreedor, mucho más despiadado que el primero; el nuevo cesionario acosará al deudor y utilizará todos los recursos de este enredo, lo que equivale a decir, en palabras de los profesores franceses, que en resumen, el deudor perderá mucho con el cambio de acreedor.

Por nuestra parte, debemos decir que las expresiones de los

---

(14) STARCK, Boris, ROLAND, Henri y BOYER, Laurent. Op. cit., Página 9.

civilistas franceses citados son, por demás, exageradas y carecen de fundamento.

Consideramos necesario, en este punto de nuestro análisis del artículo 1206 del Código Civil Peruano, distinguir a la cesión de derechos de otras figuras como la cesión de posición contractual -propia de los contratos y regulada en la Parte General del Libro de Contratos del Código Civil Peruano de 1984-, el pago con subrogación y la novación subjetiva en la modalidad de cambio de acreedor, que son instituciones semejantes, pero con consecuencias jurídicas distintas.

Cabe recordar que las cuatro figuras jurídicas que acabamos de mencionar -cesión de derechos, cesión de posición contractual, pago con subrogación y novación por cambio de acreedor-, constituyen las cuatro maneras por las que puede cambiarse de acreedor, en las relaciones obligacionales, de acuerdo con la ley peruana.

Señalaremos, finalmente, las diferencias entre la cesión de derechos y la cesión de deudas.

– *Diferencias y semejanzas entre la cesión de derechos y la cesión de posición contractual.*

Con frecuencia se suscitan confusiones acerca de la figura de la cesión de posición contractual, regulada por el Código Civil en los artículos 1435 a 1439, y la cesión de derechos, cuyo análisis estamos efectuando. En tal sentido, hemos creído conveniente incorporar en este apartado, las diferencias y semejanzas existentes entre ambas figuras para, de este modo, distinguirlas nítidamente.

(a) Diferencias.

(1) La cesión de derechos es -para nuestra ley Civil- la única forma de transmisión de las obligaciones, y así está establecido en el Capítulo Unico del Título VIII del Libro correspondiente; vale decir, que la cesión de derechos es una figura típica del Derecho de Obligaciones, y, por lo tanto, aplicable a todas las obligaciones; mientras que la cesión de posición contractual es una figura típicamente contractual, aplicable, por ende, solamente a esta clase de actos jurídicos.

(2) A través de la cesión de derechos sólo se transmite al cesionario la facultad o derecho de hacer efectiva la acreencia que tiene el acreedor cedente respecto de su deudor; es decir, que sólo se transmite la parte activa de la relación obligacional. Como señala el Doctor Manuel de la Puente y Lavalle[15]: "mediante la cesión de créditos (que en el Código Civil Peruano de 1984 se denomina cesión de derechos) se busca la transmisión del lado activo de la relación obligacional, mientras que la cesión de posición contractual está orientada a la transmisión de toda la relación obligacional, esto es tanto el lado activo como el lado pasivo." De acuerdo con Messineo -citado por De la Puente-, la cesión de derechos sólo hace circular el crédito pero no el contrato íntegro, como es el caso de la cesión de posición contractual.

(3) Para que se dé una cesión de posición contractual, es necesario el consentimiento de tres partes: el cedente, el tercero cesionario y el cedido -artículo 1435 del Código Civil-; mientras que en la cesión de derechos sólo es necesario el acuerdo entre el acreedor cedente y el cesionario, pudiéndose realizar, incluso, sin el asentimiento del deudor cedido (argumento del artículo 1206 del Código).

(4) En la cesión de derechos, sólo cabe que el acreedor ceda su derecho frente al cesionario, mas nunca lo puede hacer el deudor; mientras que en la cesión de posición contractual, quien puede ceder su posición en el contrato, será cualquie-

(15) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Estudios Sobre el Contrato Privado, Tomo II, Páginas 75 y 76. Cultural Cuzco Editores, Lima, 1983.

ra de las partes, independientemente de si es acreedor o deudor, o, incluso, si tuviese ambas calidades simultáneamente.

(5) En la cesión de derechos el cedente está obligado a garantizar la existencia y exigibilidad del derecho cedido, salvo pacto distinto (artículo 1212); mientras que en la cesión de posición contractual, el cedente garantiza al cesionario la existencia y validez del contrato, salvo pacto en contrario, no surtiendo efecto este pacto si la invalidez se debe a hecho propio del cedente (artículo 1438).

(6) En la cesión de derechos el cedente no está obligado a garantizar la solvencia del deudor, pero si lo hace, responde dentro de los límites de cuanto ha recibido y queda obligado al pago de los intereses y al reembolso de los gastos de la cesión y de los que el cesionario haya realizado para ejecutar al deudor, salvo pacto distinto (artículo 1213); mientras que en la cesión de posición contractual, es válido el pacto por el cual el cedente garantiza el cumplimiento de la obligación del deudor, en cuyo caso responde como fiador (artículo 1438). El cedido, en este último caso, podrá accionar contra el cedente si hubiera pactado con éste que no queda liberado por la cesión si el cesionario no cumple las obligaciones asumidas. En esta hipótesis, el cedido debe comunicar al cedente del incumplimiento del cesionario dentro de los treinta días en que se produjo y, de no hacerlo, el cedente queda liberado de responsabilidad (artículo 1437).

(7) La cesión de derechos puede operar por acuerdo de partes o por ministerio de la ley. Si opera por ministerio de la ley, el cedente no responde de su realidad (situación de verdadero acreedor), ni de la solvencia del deudor; mientras que la cesión de posición contractual sólo puede operar por acuerdo entre las partes (argumento del artículo 1435 y naturaleza de la propia institución).

(8) La cesión de derechos produce efecto contra el deudor cedido desde que éste la acepta o le es comunicada fehacientemente (artículo 1215); mientras que la cesión de posición contractual sólo produce efectos desde que existe el acuerdo expreso de voluntades entre el cedente, el cesionario y el cedido (la otra parte), independientemente de cuál de ellas da primero o después su aceptación. Si la conformidad del cedido hubiera sido prestada previamente al acuerdo entre cedente y cesionario, el contrato sólo tendrá efectos desde que dicho acuerdo haya sido comunicado al cedido por escrito de fecha cierta (artículo 1435).

(9) El Código establece una norma para solucionar la concurrencia de cesionarios (artículo 1217), en caso que un mismo derecho fuese cedido (por el mismo cedente) a varias personas, situación en la que prevalece la cesión que primero fue comunicada al deudor o que éste hubiera aceptado; mientras que el Código no establece pautas a seguir en caso de concurrencia de cesionarios para la cesión de posición contractual. Esto es lógico, ya que en el caso de la cesión de posición contractual se requiere necesariamente del asentimiento de las tres partes intervinientes (a diferencia de la cesión de derechos) y, por tanto, sería absurdo pensar en una concurrencia de cesionarios.

(b) Semejanzas.

(1) En la cesión de posición contractual el cedente se aparta de sus derechos y obligaciones y unos y otros son asumidos por el cesionario desde el momento en que se celebre la cesión (artículo 1437); mientras que en la cesión de derechos, el acreedor cedente también deja de ser acreedor, ya que cede al tercero cesionario el derecho para que exija el pago de la prestación que tiene que ejecutar el deudor respecto de él.

(2) La cesión de derechos comprende la transmisión al cesionario de los privilegios, las garantías reales y personales, así como los accesorios del derecho transmitido, salvo pacto en contrario (artículo 1211); la cesión de posición contractual, al

implicar la cesión de todo el lugar en el contrato (el lugar de la propia parte), produce los mismos efectos.

- ***Diferencias y semejanzas entre la cesión de derechos y el pago con subrogación.***

Dadas sus similitudes, podrían suscitarse dudas sobre la naturaleza jurídica de la cesión de derechos y el pago con subrogación. En adelante anotamos las diferencias y semejanzas más saltantes:

(a) Diferencias.

(1) La cesión de derechos es una forma de transmisión de obligaciones aún no extinguidas; mientras que el pago con subrogación es una forma atípica de extinción de las obligaciones (por tratarse de un pago que no extingue la obligación, generando sólo un cambio de acreedor).

(2) La cesión de derechos es el acto de disposición en virtud del cual el cedente transmite al cesionario el derecho a exigir la prestación a cargo de su deudor, vale decir, lo que se transmite es el derecho a exigir una prestación aún no ejecutada (cumplida). En cambio, el pago con subrogación es una figura a través de la cual una parte (el subrogante) paga a otra (el subrogado) y se sustituye en los derechos de éste respecto del deudor -vale decir que aquí sí media un pago-.

(3) A través de la cesión se pueden ceder créditos u otros derechos (naturaleza misma del acto), mientras que en el pago con subrogación lo único que adquiere el subrogante es el derecho de exigir al deudor el cumplimiento de la obligación (el crédito).

(4) La cesión de derechos puede realizarse a título gratuito. El pago con subrogación, como su propio nombre lo expresa, siempre es oneroso.

(5) En el pago con subrogación quien paga únicamente se subroga por el monto de lo que ha pagado. En la cesión de derechos, se puede ceder el derecho por el monto que se desee (un céntimo, su real valor, o nada -por citar tres ejemplos-).

(6) La cesión de derechos debe constar por escrito (artículo 1207), mientras que el pago con subrogación no requiere de formalidad alguna.

(7) En la cesión de derechos el cedente está obligado a garantizar la existencia y exigibilidad del derecho cedido (artículo 1212). En el pago con subrogación no se establece esta obligación para el acreedor subrogado respecto del subrogante.

(8) En la cesión de derechos, el cedente no está obligado a garantizar la solvencia del deudor, pero si lo hace, responde dentro de los límites de cuanto ha recibido y queda obligado al pago de los intereses y al reembolso de los gastos de la cesión y de los que el cesionario haya realizado para ejecutar al deudor, salvo pacto distinto (artículo 1213). En el caso del pago con subrogación no existe una disposición similar.

(9) En la cesión de derechos, cuando opera por ministerio de la ley, el cedente no responde de su realidad, ni de la solvencia del deudor (artículo 1214). En las normas del pago con subrogación no existe una disposición similar.

(10) La cesión de derechos produce efectos contra el deudor cedido desde que éste la acepta o le es comunicada fehacientemente (artículo 1215). En los preceptos del pago con subrogación no se consigna una disposición en este sentido; sin embargo, debemos entender que opera la subrogación, cuando es de pleno derecho, desde el momento del pago del tercero subrogante; y cuando es convencional, desde el momento en que se produce cada uno de los supuestos del artículo 1261 del Código Civil.

(11) En el caso de la cesión de derechos es posible la concurrencia de cesionarios, cuya solución prevé el artículo 1217 del Código Civil. En el caso del pago con subrogación no se presentan supuestos de esta naturaleza.

(b) Semejanzas.

(1) Cabe la cesión de un derecho que sea materia de controversia judicial, arbitral o administrativa. Nada se opone a que el pago con subrogación verse sobre una deuda de estas características (pero con ese pago concluiría la controversia).

(2) La cesión de derechos puede ser convencional (artículo 1206) o legal (artículo 1214). La subrogación también puede ser convencional (artículo 1261) o legal (artículo 1260).

(3) La cesión de derechos comprende la transmisión al cesionario de los privilegios, las garantías reales y personales, así como los accesorios del derecho transmitido, salvo pacto en contrario (artículo 1211). En el caso del pago con subrogación ocurre algo similar, ya que el artículo 1262 establece que la subrogación sustituye al subrogado en todos los derechos, acciones y garantías del antiguo acreedor, hasta por el monto de lo que hubiese pagado -es decir, que sólo se dejan de mencionar a los privilegios, los cuales entendemos que también se transmiten (esto por interpretación analógica del artículo 1262 respecto del numeral 1211)-.

(4) Cabe la subrogación parcial respecto de una deuda (artículos 1262 y 1263). También cabe la cesión parcial de un derecho.

– *Diferencias y semejanzas entre la cesión de derechos y la novación subjetiva por cambio de acreedor.*

Conviene señalar las diferencias y semejanzas entre la cesión de derechos y la novación subjetiva por cambio de acreedor.

(a) Diferencias.

(1) La cesión de derechos es una forma de transmisión de las obligaciones aún no extinguidas. La novación subjetiva por cambio de acreedor es un medio extintivo de obligaciones. Como establecen los profesores argentinos Pedro N. Cazeaux y Félix A. Trigo Represas[16], refiriéndose a la cesión de derechos, el solo cambio del sujeto de la obligación no significa que se esté ante una obligación nueva; ya que en esta figura jurídica se considera que la persona del acreedor o deudor es, en principio, un elemento secundario de la obligación, y por consiguiente, a pesar del reemplazo de sujetos, la relación crédito-deuda, continúa igual. Los citados tratadistas subrayan que en esto se diferencia la cesión de derechos de la novación subjetiva, en la que si bien lo único que cambia son los sujetos (acreedor o deudor), a ese cambio se agrega la voluntad de las partes de constituir una nueva obligación, se opera la sustitución de una obligación por otra, con los consiguientes efectos especiales.

(2) La cesión de derechos comprende la transmisión al cesionario de los privilegios, las garantías reales y personales, así como los accesorios del derecho transmitido, salvo pacto en contrario (artículo 1211). En el caso de la novación subjetiva por cambio de acreedor no ocurre lo mismo. Como señala Jorge Joaquín Llambías[17], esta diferencia es muy importante, porque mientras en la cesión de derechos, los accesorios y garantías acompañan a la obligación que queda instituida a favor del cesionario, en la novación subjetiva por cambio de acreedor, los accesorios y garantías de la obligación primitiva se extinguen con ella, salvo reserva expresa del acreedor sustituido.

(3) Nada impide la cesión de derechos en forma parcial, es decir respecto tan sólo a una parte de la acreencia. La

---

(16) CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Tomo II, Página 3.
(17) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo II - B, Página 58.

novación subjetiva por cambio de acreedor no opera de manera parcial.

(4) La cesión de derechos debe constar por escrito (artículo 1207), lo que equivale a decir que es un acto formal; mientras que para la novación subjetiva por cambio de acreedor el Código no prevé formalidad alguna.

(5) En la cesión de derechos el cedente está obligado a garantizar la existencia y exigibilidad del derecho cedido (artículo 1212). En la novación subjetiva por cambio de acreedor no se establece esta obligación para el acreedor novado respecto del acreedor que lo sustituye.

(6) En la cesión de derechos, cuando la cesión opera por ministerio de la ley, el cedente no responde de su realidad, ni de la solvencia del deudor (artículo 1214). Para la novación subjetiva por cambio de acreedor (artículo 1280) no se establece una disposición similar.

(7) La cesión de derechos puede hacerse con o sin asentimiento del deudor cedido (ya que no es necesario su asentimiento, pues bastaría con comunicársela de manera fehaciente -artículo 1215-). Como expresa Llambías[18], el papel del deudor cedido en la cesión de derechos es uno meramente pasivo, pues no depende de él el desplazamiento de crédito. La novación subjetiva por cambio de acreedor requiere -necesariamente- del asentimiento del deudor (artículo 1280 del Código Civil). A decir de Llambías, no hay novación por cambio de acreedor sin asentimiento del deudor.

(8) Como consecuencia de lo previsto en el punto anterior, la cesión de derechos produce efectos contra el deudor cedido desde que éste la acepta o le es comunicada fehacientemente (artículo 1215). La novación subjetiva por cambio de acreedor produce efectos desde que el deudor cedido la acepta.

---

(18) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo II - B, Página 58.

(9) Para el caso de la cesión de derechos se ha previsto una norma que solucione el problema de la concurrencia de cesionarios (artículo 1217); mientras que en la novación subjetiva por cambio de acreedor no se ha previsto solución a la hipótesis de la concurrencia de acreedores cedidos. Entendemos que en este supuesto tendría que preferirse al primer acreedor que novó con el acreedor original, ya que éste no podría, después de dicho acto, transferir más derechos de los que tiene (y ya no sería parte o titular en la obligación).

(b) Semejanzas.

(1) Cabe la cesión de un derecho que sea materia de controversia judicial, arbitral o administrativa. Nada se opone a que la novación subjetiva por cambio de acreedor verse sobre una obligación de estas características (pero se requeriría siempre del asentimiento del supuesto deudor).

(2) La cesión de derechos puede ser convencional (artículo 1206) o legal (artículo 1214). La novación subjetiva por cambio de acreedor también puede ser convencional o legal, pues nada lo impide.

(3) A través de la cesión se pueden ceder créditos u otros derechos (naturaleza misma del acto), mientras que en el caso de la novación subjetiva por cambio de acreedor, el nuevo acreedor también adquiere el derecho de cobrar la deuda (crédito).

– Diferencias entre la cesión de derechos y la cesión de deudas.

Por último, nos corresponde establecer las diferencias existentes entre la cesión de derechos y la cesión de deudas. Esta figura, que no resultó ajena en otros tiempos a la legislación nacional, difiere de la cesión de derechos en cuanto aquélla importa la transferencia del elemento pasivo que existe en toda obligación,

representando, en buena cuenta, el otro aspecto de la negociabilidad en esta materia. Por tal razón, para que la cesión de derechos produzca efectos no será necesario contar con el asentimiento del deudor cedido -al que sólo es necesario comunicársela fehacientemente-; mientras que en la cesión de deudas, será indispensable que el acreedor se manifieste conforme, exonerando al deudor primitivo. A decir de Héctor Lafaille[19], se encuentra mayor facilidad para la cesión del aspecto activo de la obligación que para el pasivo, pues si el cambio de acreedor suele ser indiferente, no lo es el reemplazo del obligado, ya que en el patrimonio de aquél significa la seguridad para el cumplimiento. A entender de Lafaille, tales razones explican, asimismo, los mayores obstáculos que a través de la Historia ofreció el traspaso de deudas, aunque fuera muy larga y accidentada la evolución que condujo a la transferencia de los créditos.

Se trata, en suma, de definir la cesión -conforme lo hace la doctrina uniforme- como la renuncia o transmisión, gratuita u onerosa, que se hace de una cosa, crédito, acción o derecho a favor de otra persona. Y de dejar establecido, además, que ella puede efectuarse por venta, permuta, donación, legado o cualquier otro título eficaz.

Aquí aclaramos, por último, que el Código Civil Peruano contempla como única forma de transmisión de las obligaciones a la cesión de derechos. No ha previsto la cesión de deudas. Para que esto ocurra tendría, necesariamente, que operarse una novación por cambio de deudor, sea por delegación (**delegatio**) o por expromisión (**expromissio**). Sólo la sustitución de una obligación por otra permite ceder deudas, salvo que se trate, en su caso, de una cesión de posición contractual, tal como antes lo expresamos.

(19) LAFAILLE, Héctor. Op. cit., Tomo VI, Volumen I, Página 253.

- ***Propuesta de eventual modificación legislativa del artículo 1206.***

Artículo 1206.- "La cesión es el acto de disposición en virtud del cual el cedente trasmite al cesionario el derecho a exigir la prestación a cargo de su deudor, que se ha obligado a transferir por un título distinto. A través de la cesión también se pueden trasmitir derechos cuya forma, para hacerlo, no esté prevista de manera específica por algún precepto legal.

La cesión puede hacerse aun sin el asentimiento del deudor."

- ***Fundamento.***

Consideramos conveniente modificar el texto actual del artículo 1206 del Código Civil Peruano, relativo al concepto de la cesión de derechos, ya que el mismo es limitativo y pareciera, a pesar del propósito del legislador de 1984, que lo único que se puede ceder es el derecho a exigir o a hacer efectivo un crédito, lo que, más allá de perfeccionar el lenguaje en relación al Código Civil de 1936, no constituiría un avance significativo.

Sobre la base de nuestra propuesta, especificamos que pueden cederse además diversos derechos para los que la ley no establece un procedimiento específico de transmisión, con lo que creemos se complementa el actual texto del precepto.

- ***Jurisprudencia peruana del artículo 1206.***

Sobre la cesión de derechos, tenemos las siguientes Ejecutorias Supremas:

I.- "No es necesario que el deudor intervenga en la transferencia del crédito." Anales Judiciales, Página 140. (Artículo 1456 del Código Civil de 1936).

II.- "El acreedor sustituto no necesita iniciar nueva ejecución sino continuar la primitiva originada por el crédito en que se ha sustituido." Revista de los Tribunales, 1942, Página 420. (Artículo 1456 del Código Civil de 1936).

III.- "El endoso con fecha posterior al protesto produce los efectos de una cesión de crédito, cuyo cumplimiento no puede exigirse en la vía ejecutiva." Ejecutoria del 12 de julio de 1965. Revista de Jurisprudencia Peruana, Número 263, 1965, Página 1471. (Artículo 1456 del Código Civil de 1936).

IV.- "El endoso de una letra en cobranza, después del protesto, sólo produce los efectos de una cesión, que no da mérito a la acción ejecutiva." Ejecutoria del 29 de diciembre de 1965. Revista de Jurisprudencia Peruana, Número 264, 1966, Página 132. (Artículo 1456 del Código Civil de 1936).

V.- "No se pueden transferir por endoso las obligaciones que derivan de contratos civiles o comerciales." Ejecutoria del 25 de julio de 1972. Revista de Jurisprudencia Peruana, Número 343, 1972, Página 1004. (Artículo 1456 del Código Civil de 1936).

– *Concordancias nacionales.*

Imposibilidad de oponer compensación, artículo 1292 del Código Civil / Cesión de posición contractual, artículo 1435 del Código Civil / Obligación de aportante al saneamiento, artículo 12 de la Ley General de Sociedades.

– FORMA DE LA CESION DE DERECHOS.

Artículo 1207.- *"La cesión debe constar por escrito, bajo sanción de nulidad.*

Cuando el acto o contrato que constituye el título de la transferencia del derecho conste por escrito, este documento sirve de constancia de la cesión."

– *Fuentes nacionales del artículo 1207.*

Este artículo no registra antecedentes en el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836*; en el *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836;* en el *Código Civil de 1852;* en el *Proyecto de Código Civil de 1890;* en el *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925*; en el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926;* en el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936;* en el *Código Civil de 1936*; en la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973*; ni en el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980.*

Es en el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año*

1981, que se regula por primera vez este tema. Nos referimos al artículo 1232 del referido Proyecto: "La cesión debe constar por escrito, debiendo el cedente entregar al cesionario los documentos probatorios del derecho que cede y que se encuentren en su poder, si existiesen.- Si se ha cedido sólo una parte del crédito el cedente debe entregar al cesionario una copia auténtica del título."

Posteriormente el tema fue tratado también por el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984,* en su artículo 1175: "La cesión debe constar por escrito, bajo sanción de nulidad.- Cuando el acto o contrato que constituye el título de la transferencia del derecho conste por escrito, este documento sirve de constancia de la cesión."

– *Fuentes y concordancias extranjeras.*

Coinciden con el artículo 1207 del Código Civil Peruano, entre otros, los Códigos Civiles Guatemalteco de 1973 (artículo 1445), Proyecto de Código Civil Brasileño de 1975 (artículo 286), Brasileño (artículo 1067), Anteproyecto Paraguayo de Luis de Gásperi (artículo 902) y Suizo de las Obligaciones (artículos 165 y 166).

El Código Civil Mexicano (artículo 2030, segundo párrafo) establece que "el acreedor puede ceder su derecho a un tercero sin el consentimiento del deudor, a menos que la cesión esté prohibida por ley, se haya convenido en no hacerla con el deudor o no lo permita la naturaleza de la obligación. El deudor no puede alegar contra tercero que el derecho no podía cederse porque así se había convenido, cuando ese convenio no conste en el título constitutivo del derecho."

Por su parte, el Código Civil de la República de China de 1930, en su artículo 296, preceptúa que el cedente debe entregar al cesionario todos los documentos destinados a probar el crédito y darle las indicaciones necesarias para hacerlo valer.

– *Análisis.*

Al tratarse de un acto de importancia no sólo para quienes celebran el contrato de cesión de derechos (acreedor o cedente y tercero o cesionario), sino también para una persona ajena a dicha convención (el deudor o cedido), la ley exige que dicho acto se concierte por escrito, bajo sanción de nulidad, lo que equivale a decir que en este caso la formalidad es **ad solemnitatem** y no **ad probationem**(1).

Creemos que en este punto resulta necesario aclarar un aspecto muy importante del Código Civil de 1984.

El Código Civil Peruano de 1936 algunas veces establecía para la celebración de un acto jurídico la necesidad de escritura pública, pero el intérprete quedaba en la duda de si la formalidad prevista por la ley era **ad probationem** o **ad solemnitatem**. El caso típico era el precepto consignado en las formalidades para transigir. Nos referimos al artículo 1308 del mencionado Código Civil -supuesto que será analizado en esta obra cuando tratemos el tema de la transacción-. En el caso del contrato de mutuo, el artículo 1585 de dicho cuerpo legislativo establecía que, cuando su valor pasaba de S/. 500.00, debía constar por escrito. Obviamente este precepto siempre se interpretó como **ad probationem**. En el caso de la donación de bienes inmuebles, el tercer parágrafo del artículo 1474 del Código de 1936 establecía que debía hacerse por escritura pública. Esta norma siempre se interpretó como **ad solemnitatem**, es decir, como una formalidad necesaria para la validez del acto jurídico.

El Código Civil de 1984 ha optado por una solución más lógica. Cada vez que exige escritura pública o formalidad escrita, consigna los términos "bajo sanción de nulidad", cuando es **ad solemnitatem**. Si no usa esta última expresión, o sea "bajo sanción de nulidad", la forma es **ad probationem**. Así se han aclara-

(1) A este respecto, ver también LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo II - B, Página 17.

do definitivamente las dudas que suscitaba el Código Civil de 1936.

El segundo párrafo de la norma bajo comentario (el artículo 1207 del Código Civil Peruano de 1984) es reiterativo, al señalar que cuando el acto o contrato que constituya el título de la transferencia del derecho constase por escrito, este documento servirá de constancia de la cesión.

Un primer sentido del segundo párrafo del precepto es que la cesión de derechos no esté constituida en virtud de un acto en el que exclusivamente se trate acerca de dicha cesión, sino que, por el contrario, la cesión pactada constituya simplemente pacto adicional de otro acto jurídico celebrado.

Para ilustrar lo expuesto vamos a citar un ejemplo.

Supongamos que el acreedor de una obligación determinada celebra un contrato de compraventa por escrito con un tercero, ajeno a la obligación que aquél tiene constituida con anterioridad. En virtud de este contrato el acreedor de la obligación originaria compra una casa al tercero, pero estipula que el pago del precio se hará efectivo a través de la cesión del derecho de cobrar una obligación al deudor originario que tiene el acreedor (comprador).

En este ejemplo, el acreedor originario será cedente, a la vez que comprador; mientras que el tercero vendedor, será a la vez cesionario del derecho; y, por último, el deudor de la relación obligacional originaria será el cedido.

Como el contrato de compraventa, dentro del cual se inscribe una cláusula de cesión de derechos, consta por escrito, bastará con este documento para probar la existencia de la cesión.

Un segundo sentido es que esta parte del artículo se refiera al supuesto de que en un contrato original se agregue luego una anotación por la que conste la cesión de derechos. Pero esta hipótesis, como la anterior, es superflua, pues la anotación constituiría la constancia por escrito.

Como vemos, el segundo párrafo del artículo 1207 aporta muy poco en relación al primer párrafo del precepto, razón por la cual consideramos como innecesaria su presencia.

- ***Propuesta de eventual modificación legislativa del artículo 1207.***

Artículo 1207.- "La cesión debe constar por escrito, bajo sanción de nulidad."

- ***Fundamento.***

Proponemos la eliminación, por obvio, del segundo parágrafo del artículo comentado.

- ***Concordancias nacionales.***

Acto Jurídico; validez del acto jurídico, artículo 140, inciso 4, del Código Civil / Forma del acto jurídico, artículos 1143 y 1144 del Código Civil.

– DERECHOS CEDIBLES.

Artículo 1208.- *"Pueden cederse derechos que sean materia de controversia judicial, arbitral o administrativa."*

– *Fuentes nacionales del artículo 1208.*

Este artículo no registra antecedentes en el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836;* en el *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836;* en el *Código Civil de 1852;* en el *Proyecto de Código Civil de 1890;* en el *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925;* en el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926;* en el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936;* en el *Código Civil de 1936;* en la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973;* ni en el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980.*

Su primer antecedente nacional se encuentra en el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981,* artículo 1230: "Pueden cederse derechos que sean materia de controversia judicial o contienda administrativa.- En tal caso, no pueden ser cesionarios los magistrados, funcionarios, abogados, procuradores, secreta-

rios o peritos que intervengan o hayan intervenido en el proceso, ni los notarios por ante quienes se celebren los actos que sirven de base a la cesión."

Posteriormente, el tema fue tratado por el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984,* artículo 1176: "Pueden cederse derechos que sean materia de controversia judicial, arbitral o administrativa."

– *Fuentes y concordancias extranjeras.*

Coinciden con el artículo 1208 del Código Civil Peruano, entre otros Códigos, el Chileno (artículo 1911) y el Ecuatoriano (artículo 1879).

Con un matiz especial, podemos mencionar al Código Civil Cubano de 1988 (artículo 260), el mismo que establece que se prohíbe la cesión de créditos que resulte de: (a) la responsabilidad civil proveniente de delitos; y (b) la obligación de dar alimentos.

Por su parte, el Código Civil Alemán (artículo 400) establece que un crédito puede ser cedido siempre que no esté sujeto a embargo.

– *Análisis.*

Pueden ser materia de cesión de derechos, todos aquellos que la ley no prohíba ceder.

En tal sentido, los derechos materia de cesión podrán revestir dos caracteres distintos:

(1) Derechos sobre los cuales no existe ningún litigio o controversia judicial o extrajudicial. Es el caso de los derechos sobre los cuales el titular de los mismos no tiene ningún problema que pudiera afectar en el futuro su tranquila y pacífica pertenencia y ejercicio.

A este respecto, Llambías[1] elabora una interesante relación de los créditos cedibles, señalando que, en principio, todos los créditos pueden ser cedidos, comprendiendo en ese marco, entre otros, los créditos condicionales o a plazo que pueden ser el objeto de una cesión. Señala el mencionado autor que en cuanto a estos últimos no podía caber duda alguna, porque ya tienen existencia actual y componen en esta calidad el patrimonio del acreedor, aunque está por ahora postergada su exigibilidad; y en cuanto a los créditos condicionales, observa Llambías que son igualmente transmisibles en su existencia eventual. Dentro de la relación aludida, Llambías también comprende a los créditos aleatorios, como los provenientes de un contrato de renta vitalicia, la cesión de clientela que hace un comerciante, la venta de llave de un fondo de comercio, etc.; los créditos referentes a cosas futuras, como los frutos naturales o civiles de un inmueble, que pueden igualmente ser cedidos con anticipación, y advierte el tratadista citado que de esta categoría es la cesión de los derechos del comprador de un departamento en construcción, que es una cosa futura; los créditos que podrían resultar de convenciones aún no concluidas, como también los que resultaren de convenciones ya concluidas. Llambías entiende que los primeros son créditos eventuales, y en ese carácter pueden cederse, mientras que los segundos, derivados de los contratos, son típicamente cedibles, sea que provengan de un contrato unilateral o bilateral, e independientemente de toda aprobación del deudor cedido; y, por último, señala Llambías a los créditos emergentes de una obligación natural, los mismos que pasarán al cesionario con su misma índole.

(2) Derechos sobre los cuales se plantea o existe algún litigio o controversia judicial o extrajudicial.

---

(1) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo II - B, Páginas 22 a 24.

Dentro de esta categoría se incluyen los derechos enunciados en el artículo 1208.

La cesión de algún derecho sobre el cual exista controversia pendiente puede tener lugar por diversos motivos. Uno de ellos podría ser la voluntad del acreedor cedente de liberarse de la relación obligacional y del seguimiento y supervisión del trámite en el que se ventila dicha controversia, ya se trate de un trámite judicial o extrajudicial (rubro dentro del cual incluimos a los derechos materia de arbitraje o de controversia administrativa). Pero el motivo más importante sería el de no estar a las resultas de un proceso que puede ser exitoso o no.

Consideramos pertinente preguntarnos si es que pueden cederse derechos en una controversia judicial donde hay reconvención. Nosotros creemos que sí se podría, pero entendiendo que a las resultas del proceso, vale decir, a la posibilidad de cobrar al deudor (la otra parte), así como a la posible obligación que surgiría para el cedente si se declara fundada la reconvención.

Por otra parte, habría que descartar la cesión de derechos cuando la controversia sea **intuitu personae**. Esto resulta obvio.

En el caso de una cesión de derechos litigiosos, sólo se requeriría poner en conocimiento del juez que conoce de la causa, dicha cesión, la misma que deberá ser comunicada o notificada a la otra parte, si ésta no ha manifestado previamente su asentimiento. Los mismos principios se aplicarían para la cesión de derechos en un proceso arbitral o administrativo.

Antes de concluir estos comentarios, debemos expresar que tales cesiones serían **res inter alios acta**, vale decir, que sólo surtirían efectos entre las partes que las celebraran, sin poder afectar los derechos de terceros.

Se trataría, por lo demás, de cesiones atípicas, poco usuales. Estarían sujetas a plazo suspensivo, determinado éste por la expedición de la resolución definitiva.

– ***Concordancias nacionales.***

Prestación materia de la obligación contractual, artículo 1409, inciso 2, del Código Civil.

– CESION DE DERECHOS SOBRE LA HERENCIA YA CAUSADA.

Artículo 1209.- *"También puede cederse el derecho a participar en un patrimonio hereditario ya causado, quedando el cedente obligado a garantizar su calidad de heredero."*

– *Fuentes nacionales del artículo 1209.*

Este artículo no registra antecedentes en el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836*; en el *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836;* en el *Código Civil de 1852;* en el *Proyecto de Código Civil de 1890*; en el *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925;* en el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926;* ni en el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936.*

El tema es regulado en el Perú por primera vez en el *Código Civil de 1936,* artículo 1461: "El que cede un derecho hereditario, sin especificar en lo que consiste, sólo está obligado a sanear su calidad de heredero."

Posteriormente, ya dentro del proceso de reforma a dicho

Código, la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973,* no contempló el particular, al igual que el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980.*

El *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981,* sí lo hizo en el artículo 1238: "Puede cederse el derecho a participar en un patrimonio hereditario ya causado, quedando el cedente obligado a garantizar su calidad de heredero."; mientras que el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984,* trató el tema en el numeral 1177: "También puede cederse el derecho a participar en un patrimonio hereditario ya causado, quedando el cedente obligado a garantizar su calidad de heredero."

– *Fuentes y concordancias extranjeras.*

Coinciden con el artículo 1209 del Código Civil Peruano, entre otros Códigos, el Chileno (artículo 1909) y el Ecuatoriano (artículo 1877).

-Análisis.

En virtud de lo establecido por el artículo 1405 del Código Civil Peruano, es nulo todo contrato sobre el derecho de suceder en los bienes de una persona que no ha fallecido o cuya muerte se ignora. Esta norma, como se sabe, es aquella que prohíbe los pactos sucesorios(1).

A esta disposición debemos agregar que el artículo 678 del propio Código establece la nulidad de toda aceptación o renuncia de herencia futura. Esto en relación a la herencia aún no causada, vale decir, respecto de aquella que no ha pasado todavía a

(1) A este respecto remitimos al lector a las obras "Los Contratos Sobre Bienes Ajenos" (CONCYTEC, Lima, 1990, Páginas 337 a 350) y "El Bien Materia del Contrato de Compraventa" (Colección Para Leer el Código Civil, Volumen XIII. Pontificia Universidad Católica del Perú.

los potenciales herederos, por la sencilla razón de que su futuro causante aún no ha fallecido.

En cambio, respecto de los pactos que los particulares pueden celebrar luego de ocurrida la muerte del causante, no hay límite alguno impuesto por la ley, siempre que no escape a las porciones indivisas heredadas. Ya decía Giorgi(2) que el derecho de suceder, o como se dice de otro modo, la calidad de heredero, no puede ser vendida, pero lo contrario ocurre en relación a la venta de la herencia de persona ya difunta; principio que se manifiesta acorde con el sentido de estimar en sutileza civil que el derecho hereditario quede en el vendedor frente a los terceros, y trasladar al comprador toda la cuantía buena o gravosa de la herencia; comprendiendo la venta de una herencia, además de los bienes corporales, todos los créditos y todas las deudas. Añade que la doctrina de la transmisión de estos derechos por efecto de la venta, se reduce a conciliar el principio de la no transmisibilidad de la calidad hereditaria, con el traslado convencional al comprador de los derechos activos y pasivos de la obligación, comprendidos en la herencia.

Agrega Giorgi que las Pandectas y el Código de Justiniano contienen disposiciones bastante particulares sobre este asunto, en comparación con el Código Civil Francés y el Código Civil Italiano de 1865, entre los cuales ya se encuentra mención explícita de los créditos cobrados, así como de las deudas ya pagadas por el vendedor; y consagrado para los unos y para los otros el derecho o la obligación de reembolso por parte del comprador; por lo que, no existiendo innovación alguna en los principios civiles destinados a regir esta materia, concluye en que ante el silencio del Código Italiano debe confiarse con seguridad a las normas del Derecho Romano. Señala el tratadista italiano que, ante todo, la venta o la cesión que alguno haga de los propios derechos de sucesión a un extraño, o a todos sus coherederos o a algunos de éstos, induce por parte del vendedor o cedente a la aceptación de

Fondo Editorial, noviembre de 1992, Páginas 363 a 398.), de Mario CASTILLO FREYRE, uno de los autores de este Tratado.

(2) GIORGI, Giorgio. Op. cit., Tomo VI, Páginas 366 y siguientes.

la herencia; y el comprador adquiere el derecho de tener como **universitas facti**, todo cuanto pertenecía a la herencia en el momento de la venta, o que después tuvo como accesión: todo aquello, en suma, que el vendedor obtuvo o debía obtener a título de heredero, lo que comprende -indudablemente- a los créditos, estando el vendedor obligado no sólo a reembolsar al comprador los créditos hereditarios cobrados, cuando no se los haya reservado expresamente, sino también a entregar los títulos de los créditos no cobrados por el adquirente, a fin de que se los haga pagar.

Recuerda Giorgi que en tiempos antiguos fue inexorable requerir la **cessio nominis** por el vendedor a favor del comprador, a fin de que éste pudiera obrar contra los deudores de la herencia; y este rigor continuó hasta que Antonino Pio concedió al comprador las acciones útiles; **rescriptum est a Divo Pio, utiles actiones emptori hereditatis dandas**. Tal se mantiene la doctrina bajo el imperio del Derecho común, excepto -quizá- para las acciones de créditos surgidas después de la muerte del autor en favor del heredero, como señala Giorgi, para las cuales era indispensable la cesión. Pero andando el tiempo, la práctica dio también mayores facilidades y permitió al comprador de la herencia obrar directamente contra los deudores hereditarios, notificando el acto de venta y los títulos de crédito.

Resumiendo, diremos que el artículo 1209 del Código Civil Peruano, relativo a la cesión de derechos, permite que se ceda el derecho a participar en un patrimonio hereditario ya causado (es decir, una vez fallecido el causante). Para que rija la norma del artículo bajo comentario, bastará con el fallecimiento del causante, ya que en virtud de lo dispuesto por el artículo 660 del Código Civil, desde el momento de la muerte de una persona, los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia se trasmiten a sus sucesores. Repugnaría a los más elementales principios éticos disponer de eventuales herencias futuras. Este tema, sin duda, no requiere explicación alguna.

La cesión de los derechos hereditarios podría producirse por los más variados motivos, dentro de los cuales se encontraría, por ejemplo, el interés de uno de los coherederos de no participar en

el lento proceso de división y partición de la masa hereditaria. Tal cesión de derechos podría efectuarse a favor de alguno o algunos de sus coherederos o de un tercero -ajeno a la sucesión-. O podría obedecer, incluso, al desconocimiento del valor de la cuota hereditaria, caso en el cual el heredero podría preferir, por seguridad, enajenarla a título oneroso.

También podría operar la cesión a título gratuito, si alguno de los herederos decidiese, por ejemplo, beneficiar a algún coheredero en precaria situación económica.

– ***Concordancias nacionales.***

Nulidad del contrato sobre el derecho de suceder, artículo 1405 del Código Civil.

– SUPUESTOS EN LOS QUE NO ES POSIBLE LA CESION.

Artículo 1210.- *"La cesión no puede efectuarse cuando se opone a la ley, a la naturaleza de la obligación o al pacto con el deudor.*

El pacto por el que se prohíbe o restringe la cesión es oponible al cesionario de buena fe, si consta del instrumento por el que se constituyó la obligación o se prueba que el cesionario lo conocía al momento de la cesión."

– *Fuentes nacionales del artículo 1210.*

Este artículo no registra antecedentes en el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836*; en el *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836;* en el *Código Civil de 1852*; en el *Proyecto de Código Civil de 1890;* en el *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925;* en el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926;* ni en el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936.*

El tema es tratado por primera vez en nuestro país en el *Código Civil de 1936*, artículo 1456: "El acreedor puede ceder su

crédito, si a ello no se opone la naturaleza de la obligación, la ley o la convención con el deudor."

Luego, dentro del proceso de reforma al Código de 1936, ni la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973*; ni el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980*, abordaron el tema.

El *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981*, trató sobre el particular en el numeral 1228: "Puede efectuarse la cesión cuando a ella no se opone el carácter estrictamente personal del derecho, la ley o la convención con el deudor.- El convenio por el que se prohíbe o restringe la cesión sólo es oponible al cesionario de buena fe, si consta del instrumento de la obligación o se prueba que el cesionario lo conocía al momento de la cesión."; y el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984*, lo hizo en el artículo 1178: "La cesión no puede efectuarse cuando se opone a la ley, al carácter estrictamente personal del derecho, o a la convención con el deudor.- El convenio por el que se prohíbe o restringe la cesión es oponible al cesionario de buena fe, si consta del instrumento por el que se constituyó la obligación o se prueba que el cesionario lo conocía al momento de la cesión."

– *Fuentes y concordancias extranjeras.*

Coinciden con el artículo 1210 del Código Civil Peruano, entre otros, los Códigos Civiles Brasileño (artículo 1065), Proyecto de Código Civil Brasileño de 1975 (artículo 284), Anteproyecto Paraguayo de Luis de Gásperi (artículo 900, segundo párrafo), Mexicano (artículo 2030, primer párrafo, segunda parte -similar al primer párrafo del artículo 1210 Peruano-), Paraguayo de 1987 (artículo 524, segundo párrafo), de la República Socialista Federativa Soviética de Rusia de 1922 (artículo 124, segunda parte), de la República de China de 1930 (artículo 294 -el mismo que establece que la convención que prohíbe la cesión no es oponible a terceros de buena fe-), y el Suizo de las Obligaciones (artículo 164 -que agrega que el deudor no puede exceptuar la

incesibilidad estipulada de la acreencia, si un tercero se convierte en acreedor en razón de un reconocimiento escrito que no menciona dicha incesibilidad-).

Por su parte, el Código Civil Alemán (artículo 399) establece que un crédito no puede ser cedido, si la prestación no puede realizarse a otro acreedor distinto del primitivo sin modificación de su contenido, o si la cesión está excluida por pacto con el deudor.

– *Análisis.*

El artículo 1210 del Código Civil Peruano establece tres supuestos en los cuales la cesión de derechos no se encuentra permitida. Ellos son:

(1) Cuando se oponga a norma legal de carácter imperativo o prohibitivo.

Con este supuesto coinciden la gran mayoría de autores. Así, Roberto de Ruggiero[1] menciona numerosos créditos que son incedibles en virtud de prohibiciones legales. En la legislación italiana existen determinadas prohibiciones de carácter objetivo que hallan su razón de ser en la tutela y protección de los servicios públicos, las que impiden la cesión de créditos de los concesionarios contra el Estado, y la de los créditos por estipendios y pensiones de los funcionarios públicos o de otras entidades de carácter público, salvo la facultad concedida al empleado de ceder no más del quinto. Adicionalmente, establece el autor citado, que tienen, en cambio, valor relativo, por referirse solamente a determinadas personas, otras prohibiciones que impiden la cesión de créditos de personas sujetas a la patria potestad, a quienes ejercen ésta y las que impiden dicha cesión por razón de la particular relación en que se hallan deudor y cesionario, y tales prohibiciones tienden, de una parte, a proteger al deudor

(1) DE RUGGIERO, Roberto. Op. cit., Tomo I, Páginas 200 a 202.

contra los abusos y coacciones que el cesionario podría cometer fácilmente en su persona, y de otra, a sustraer tal relación (que frecuentemente tiene carácter público) a la posibilidad de ser objeto de interesadas maquinaciones. Son estas prohibiciones las que se refieren al tutor y al protutor, imponiéndoles el no aceptar la cesión de créditos del menor e interdicto, y por extensión la de comprar, a que hace referencia el artículo 1457 del Código Civil Italiano de 1942. La prohibición impuesta a los padres, curadores, administradores públicos, de hacerse cesionarios de los créditos de los hijos, de los menores emancipados, de los inhabilitados, de los municipios y establecimientos públicos cuya administración les compete; la prohibición impuesta a los jueces y otros funcionarios de la administración de justicia, a los abogados y a los notarios, de ser cesionarios de **litis**, créditos y acciones litigiosas cuyo conocimiento compete a la autoridad judicial de que forman parte o en cuya jurisdicción ejercen sus funciones, a no ser que se trate de acciones hereditarias entre coherederos o de cesiones para satisfacción de créditos o para defensa de los bienes poseídos.

Por su parte, Doménico Barbero[2] señala que, aunque la cedibilidad no esté excluida respecto del crédito como tal (objetivamente), puede excluírsela en relación a ciertas personas (subjetivamente), a quienes se les ha impuesto una prohibición de hacerse adquirentes de ella, colocando como ejemplos a los magistrados, los funcionarios, los oficiales judiciales, los abogados, procuradores y patrocinadores, los notarios, en cuanto a los créditos sobre los cuales ha surgido controversia ante la autoridad judicial de la cual forman parte o en cuya jurisdicción despliegan sus funciones; sin poder hacerse adquirentes tampoco de ellos, naturalmente, por persona interpuesta, bajo conminación de la nulidad de la adquisición y de los daños provenientes de ella.

Finalmente, Jorge Joaquín Llambías[3] señala, como casos

(2) BARBERO, Doménico. Op. cit., Tomo III, Páginas 293 y 294.
(3) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo II - B, Páginas 24 y 25.

de créditos incedibles en Argentina, aquellos en que la cesión es incompatible con la índole peculiar de la obligación, recordando, por ejemplo, que no es cedible un crédito por medianería si se retiene el dominio del inmueble que originó la obligación "**propter rem**".

(2) Cuando se oponga a la naturaleza de la obligación.

Consideramos que podrían comprenderse dentro de esta segunda prohibición de cesión de derechos, a dos categorías distintas.

Por un lado, las obligaciones **intuitu personae**, vale decir, aquellas que tienen un carácter estrictamente personal, en consideración a la persona del deudor o, incluso, del acreedor. Sobre estas obligaciones no es necesario agregar comentario alguno, pues han sido suficientemente estudiadas a lo largo de este Tratado.

Por otra parte, las obligaciones o créditos que surgen de una relación personal determinada intransferible -o, como dice De Ruggiero, relación familiar-, o que se quiere que sean intransmisibles por aquellas personas que las crearon (relación social en algunos casos). A entender de De Ruggiero[4], son de este género los créditos alimentarios, los de la viuda durante el año de luto, los que corresponden al socio contra la sociedad; no siendo tampoco cedibles los créditos que varían de naturaleza al cambiar de acreedor, ni aquellos en los que la persona del acreedor es elemento esencial del vínculo, de tal modo que se presuma que el deudor no hubiera contraído la deuda con otro; en esta categoría figuran muchas de las obligaciones que tienen por objeto un **facere**. Agrega el citado autor que de la inseparabilidad de lo accesorio de lo principal deriva la falta de idoneidad objetiva de los créditos accesorios (como la fianza) para ser cedidos independientemente del crédito principal. En tal sentido,

(4) DE RUGGIERO, Roberto. Op. cit., Tomo I, Página 200.

Llambías[5] entiende que son acciones referentes a derechos inherentes a la persona, aquellas cuyo ejercicio está influido por la apreciación de un interés moral; razón por la cual, no cabe negociar esa clase de créditos, porque repugna a la índole del interés moral la especulación del acreedor.

(3) Cuando exista pacto celebrado entre el acreedor y el deudor de la obligación por el cual se prohíba que el acreedor ceda sus derechos a una tercera persona, ajena a la relación obligacional.

Con referencia a este tema, Doménico Barbero[6] señala que, independientemente de la naturaleza del objeto de la obligación, o de la inexistencia de cualquier prohibición legal, la cedibilidad puede excluirse negocialmente, es decir, por voluntad de las partes. En tal orden de ideas, Llambías[7] reseña como ejemplos de obligaciones incedibles por convenios de las partes, a los documentos no negociables, los pasajes de tren, avión y barco.

Dentro de este último supuesto, el Código establece que el pacto por el cual se prohíbe o restringe la cesión es oponible por el deudor en dos casos: (1) al cesionario de buena fe (aquel que desconocía la existencia de la cesión), si constase dicha prohibición en instrumento por el que se constituyó la obligación; (2) si el cesionario conocía la prohibición o restricción al tiempo de concertarse la cesión de derechos.

Debe entenderse que este segundo caso no constituiría una hipótesis en que el cesionario hubiera actuado de buena fe, ya que, tal como se establece en la última parte del segundo párrafo del artículo 1210, se le podría oponer la excepción de incesibilidad si se probase que tal cesionario conocía, al tiempo de celebrarse la cesión de derechos, la existencia de la prohibición.

---

(5) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo II - B, Página 26.
(6) BARBERO, Doménico. Op. cit., Tomo III, Página 293.
(7) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo II - B, Página 25.

– Concordancias nacionales.

Nulidad de acto jurídico contrario a las leyes, al orden público o a las buenas costumbres, artículo V del Título Preliminar del Código Civil.

– ALCANCES DE LA CESION DE DERECHOS.

Artículo 1211.- *"La cesión de derechos comprende la trasmisión al cesionario de los privilegios, las garantías reales y personales, así como los accesorios del derecho trasmitido, salvo pacto en contrario.*

En el caso de un bien dado en prenda, debe ser entregado al cesionario si estuviese en poder del cedente, mas no si estuviese en poder de un tercero."

– *Fuentes nacionales del artículo 1211.*

Este artículo no registra antecedentes en el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836;* en el *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836;* en el *Código Civil de 1852;* en el *Proyecto de Código Civil de 1890*; en el *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925*; en el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926;* en el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936*; en el *Código Civil de 1936;* en la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973;* ni en el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980.*

El tema es tratado por primera vez en el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981,* en el artículo 1229: "Salvo pacto en contrario, la cesión de derechos comprende la transmisión al cesionario de los privilegios, las garantías reales y personales, así como los demás derechos accesorios del derecho transmitido.- En el caso de una cosa dada en prenda, ella debe ser entregada al cesionario si estuviese en poder del cedente, mas no si estuviese en poder de un tercero."

Luego, el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984,* lo abordó en el numeral 1179: "La cesión de derechos comprende la trasmisión al cesionario de los privilegios, las garantías reales y personales, así como los accesorios del derecho trasmitido, salvo pacto en contrario.- En el caso de una cosa dada en prenda, ella debe ser entregada al cesionario si estuviese en poder del cedente, mas no si estuviese en poder de un tercero."

– *Fuentes y concordancias extranjeras.*

Coinciden con el artículo 1211 del Código Civil Peruano, entre otros, los Códigos Civiles Mexicano (artículo 2032), Chileno (artículo 1906), Paraguayo de 1987 (artículo 526), Anteproyecto Paraguayo de Luis de Gásperi (artículo 907, primer y segundo párrafos), Guatemalteco de 1973 (artículo 1444), Proyecto de Código Civil Brasileño de 1975 (artículo 285), Etíope (artículo 1963), Proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones y Contratos de 1927 (artículo 262) y el Código de la República Socialista Federativa Soviética de Rusia de 1922 (artículo 125).

Por su parte, el Código Suizo de las Obligaciones, en el párrafo tercero de su artículo 170, prescribe en el mismo sentido que el artículo 1963 del Código Etíope, señalando que: "los intereses atrasados se presumen cedidos a la acreencia principal", mientras que el Proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones y Contratos de 1927, contrariamente, establece en su artículo 262 que la cesión comprende los accesorios tales como las garantías, privilegios e hipotecas. Pero, salvo pacto en contrario, no comprende los intereses y atrasos acumulados vencidos.

El Código Civil Peruano se diferencia del Código Civil Italiano de 1942 (artículo 1263) en que -en este último- el cedente no puede transferir al cesionario, sin el consentimiento del constituyente, la posesión de la cosa recibida en prenda. En caso de disentimiento, el cedente queda como custodio de la prenda. Salvo pacto en contrario, la cesión no comprende los frutos vencidos. El Código Civil de la República de China de 1930 (artículo 295) agrega que los intereses impagos se presumen incluidos en la transferencia del capital al cesionario.

Por su parte, el Código Civil Cubano de 1988 (artículo 258) dispone que: 1. El acreedor que ha cedido su crédito a otra persona está obligado a entregarle los documentos que acrediten el derecho.- 2. Cuando sin la aprobación del deudor, el acreedor acepta el pago por tercera persona interesada en el cumplimiento de la obligación, se producen los mismos efectos de la cesión de créditos. La persona que realiza el pago se subroga en lugar y grado del acreedor original.

De otro lado, puede mencionarse que el Código Civil Alemán (artículo 401) señala que con el crédito cedido pasan al nuevo acreedor las hipotecas o derechos de prenda que existan para dicho crédito, así como los derechos derivados de una fianza para el mismo establecida; agrega este cuerpo legislativo que el nuevo acreedor puede también hacer valer un derecho de preferencia unido con el crédito para el caso de ejecución forzosa o de concurso. Adicionalmente, este Código dispone (artículo 402) que el antiguo acreedor está obligado a comunicar al nuevo acreedor la información necesaria para hacer valer el crédito y a entregarle los documentos que sirvan para la prueba del crédito, en tanto se encuentren en su posesión; y debe el antiguo acreedor (artículo 403) expedir al nuevo acreedor, a petición de éste, un documento públicamente autenticado sobre la cesión. El nuevo acreedor ha de soportar y anticipar los gastos.

Este mismo Código agrega (artículo 407) que el nuevo acreedor debe dejar valer contra sí una prestación que el deudor efectúe después de la cesión, al antiguo acreedor, así como todo negocio jurídico que después de dicha cesión sea celebrado en

relación al crédito entre el deudor y el antiguo acreedor, a no ser que el deudor conozca la cesión al realizar la prestación o al celebrar el negocio jurídico; señala, además, que si en un litigio pendiente entre el deudor y el antiguo acreedor después de la cesión ha recaído una sentencia firme sobre el crédito, el nuevo acreedor debe dejar valer contra sí la sentencia, a no ser que el deudor haya conocido la cesión al producirse la **litis pendencia**.

– Análisis.

El primer párrafo del artículo 1211 del Código Civil Peruano, determina los elementos comprendidos dentro de la cesión de derechos, salvo que se pacte en contrario. Estos son los siguientes:

(1) Los privilegios, entendiéndose como tales las órdenes de prelación para el cobro de una deuda o para la ejecución de alguna garantía.

(2) Las garantías reales (prenda, anticresis o hipoteca).

(3) Las garantías personales (fianzas).

(4) Los derechos accesorios del derecho cedido, vale decir, todos aquellos que se hubiesen constituido al amparo de aquel derecho.

Para el caso en que el derecho cedido estuviese garantizado por una prenda, de acuerdo con el supuesto del segundo párrafo del artículo bajo comentario, podríamos deducir hasta tres posibilidades:

(1) Que el bien dado como garantía pignoraticia se encuentre en poder del acreedor, caso en el cual éste deberá entregarlo al tercero-cesionario.

(2) Que el bien dado como garantía pignoraticia se encuentre en poder de una persona distinta del acreedor y del tercero-cesionario, vale decir, que se encuentre en poder de otro

tercero, caso en el cual dicho tercero no deberá entregarlo al cesionario, sino que permanecerá como tenedor del mismo.

(3) Que el bien dado como garantía pignoraticia se encuentre en poder del tercero-cesionario, caso en el cual tampoco habrá necesidad de entrega alguna, pues lo vendría poseyendo justamente quien lo requiere para asegurarse el cumplimiento de la obligación del deudor-cedido.

– Concordancias nacionales.

Accesorios, artículo 888 del Código Civil / Partes integrantes, artículo 889 del Código Civil / Prenda, artículo 1055 del Código Civil / Anticresis, artículo 1091 del Código Civil / Hipoteca, artículo 1097 del Código Civil / Fianza, artículo 1868 del Código Civil.

– GARANTIA DE EXISTENCIA Y EXIGIBILIDAD DEL DERECHO CEDIDO.

Artículo 1212.- *"El cedente está obligado a garantizar la existencia y exigibilidad del derecho cedido, salvo pacto distinto."*

– *Fuentes nacionales del artículo 1212.*

Este artículo no registra antecedentes en el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836*; en el *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836*; en el *Código Civil de 1852;* en el *Proyecto de Código Civil de 1890;* en el *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925;* en el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926;* en el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936;* en el *Código Civil de 1936;* en la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973;* ni en el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980.*

El tema fue abordado por vez primera en el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981*, artículo 1236: "El cedente queda obligado a garantizar la existencia y exigibilidad del derecho cedido, salvo pacto en contrario."

Luego fue tratado por el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984,* en su artículo 1180: "El cedente está obligado a garantizar la existencia y exigibilidad del derecho cedido, salvo pacto distinto."

– *Fuentes y concordancias extranjeras.*

Coinciden con el artículo 1212 del Código Civil Peruano, entre otros, los Códigos Civiles Chileno (artículo 1907), Guatemalteco de 1973 (artículo 1451), Brasileño (artículo 1073), Ecuatoriano (artículo 1875), Español (artículo 1529) y el Proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones y Contratos de 1927 (artículo 267). Sin embargo, este último Proyecto (artículo 267) regula la cesión de derechos de manera distinta a nuestro Código, al señalar que la obligación del cedente de ofrecer garantía de la deuda depende de la gratuidad u onerosidad de la cesión.

El Código Civil Italiano de 1942 (artículo 1266) establece que cuando la cesión es a título oneroso, el cedente está obligado a garantizar la existencia del crédito al tiempo de la cesión. La garantía puede ser excluida por pacto, pero el cedente queda siempre obligado por el hecho propio. Si la cesión es a título gratuito, la garantía se debe sólo en los casos y en los límites en que la ley pone a cargo del donante la garantía por la evicción.

Asimismo, el Código Civil Mexicano (artículo 2042) establece que el cedente está obligado a garantizar la existencia o legitimidad del crédito al tiempo de hacerse la cesión, a no ser que aquél se haya cedido con el carácter de dudoso.

Por su parte, el Código Etíope, en su artículo 1964, dispone que cuando la cesión es a título oneroso, el cedente garantiza la existencia de la acreencia al momento de la transferencia. Cuando es a título gratuito no se halla obligado a otorgar tal garantía.

Finalmente mencionamos al Código Civil Cubano de 1988 (artículo 259), el mismo que establece que el acreedor original responde ante el nuevo acreedor por la legitimidad del crédito que le ha cedido.

– *Análisis.*

Cuando un acreedor-cedente cede un derecho en favor de un tercero-cesionario, se encuentra obligado a garantizar la existencia y exigibilidad del derecho cedido, salvo pacto distinto.

La norma bajo análisis comprende dos supuestos:

(1) La garantía de la existencia de la obligación, vale decir, que la obligación que se está cediendo realmente haya surgido para el Derecho en un determinado momento, y que no se encuentre extinguida por cualquiera de las formas previstas por la ley.

Roberto de Ruggiero[1] nos dice que es muy importante, en este caso, la obligación que incumbe al cedente, ya que la ley le impone garantizar al cesionario la subsistencia del crédito o derecho cedidos al tiempo de verificarse la cesión, o, como suele decirse, la **veritas nominis**; es esta obligación inherente al negocio jurídico que estudiamos, y que se entiende asumida aun cuando la cesión se haga sin garantía. Pero agrega el citado autor que como quiera que esta obligación no deriva de la cesión en sí, sino del negocio causal, para la existencia de dicha obligación es decisiva la naturaleza del negocio-base de la cesión; la habrá siempre que se dé la responsabilidad por evicción; mientras que si la cesión se hace **donationis causa**, se aplicarán las normas reguladoras de la garantía por evicción en las donaciones, y como el donante no está, por regla general, obligado a prestarla, salvo en los casos previstos en el artículo 1077, análogamente ocurrirá con respecto a la garantía de la subsistencia del crédito. A decir de Colin y Capitant[2], el cedente, cuando el contrato no contiene ninguna cláusula expresa relativa a la garantía, debe garantizar al cesionario

(1) DE RUGGIERO, Roberto. Op. cit., Tomo I, Páginas 203 y 204.
(2) COLIN, Ambroise y CAPITANT, Henri. Op. cit., Tomo II, Páginas 351 y 352.

la existencia del crédito, pero no la solvencia del deudor cedido, lo que será conforme a la voluntad de las partes; ya que con mucha frecuencia, el que cede un crédito -que por lo general lo hará por un precio inferior a su valor nominal-, lo hace precisamente para evitar las eventualidades del cobro posterior de tal crédito, quedando el cesionario pagado por el riesgo que corre con la prima que procede de la diferencia entre el valor del crédito y el precio de la cesión.

(2) La garantía de la exigibilidad del derecho cedido, entendida esta exigibilidad no como el cobro efectivo de la prestación, sino como la posibilidad legal de exigir su cumplimiento (independientemente de si dicha exigibilidad tenga éxito o no). Esta posibilidad legal está referida, concretamente, al hecho de que la obligación no haya prescrito, pues de haber ocurrido esta situación, simplemente dejará de ser exigible. Esta garantía se reduce a que pueda demostrarse la existencia de la obligación y que su cumplimiento sea posible.

Debe señalarse, adicionalmente, que la norma que comentamos admite el pacto en contrario de estas dos obligaciones impuestas al acreedor-cedente.

Consideramos, sin embargo, que no debería permitirse la estipulación en contrario del deber de garantizar la existencia y exigibilidad del derecho cedido, pues tal pacto podría prestarse a la comisión de fraudes. Un ejemplo: si un acreedor ha condonado una deuda y luego procede a ceder su derecho a un tercero, ¿no estaría cometiendo un fraude? La respuesta afirmativa se impone. Y justamente estas situaciones nunca deben ser permitidas por la ley. En este caso, incluso, se llegaría a configurar -en el campo del Derecho Penal- el delito de estafa.

– *Propuesta de eventual modificación legislativa del artículo 1212.*

Artículo 1212.- "El cedente está obligado a garantizar la existencia y exigibilidad del derecho cedido. No puede pactarse en contrario.

Si el derecho cedido resultase inexistente o no exigible, el tercero cesionario tendrá derecho a reclamar del acreedor cedente una indemnización de daños y perjuicios, salvo que éste pruebe haber actuado con buena fe."

– *Fundamento.*

Proponemos la modificación para evitar fraudes al amparo del actual texto de la norma.

– *Jurisprudencia peruana del artículo 1212.*

Acerca de la existencia y exigibilidad del derecho cedido, tenemos las siguientes Ejecutorias Supremas:

I.- "La transferencia de los derechos que corresponden al subastador no se invalidan por el retracto sobreviniente del bien que se remató. La obligación del cedente consiste en garantizar su condición de subastador, que era la única materia de la transferencia." Anales Judiciales, Página 76. (Artículo 1458 del Código Civil de 1936).

II.- "Como la transferencia de una letra de cambio vencida sólo produce los efectos de una cesión, el cesionario está obligado a pagar por lo que valga el documento en cuanto a sus condiciones y existencia real." Revista de los Tribunales, 1940, Página 483. (Artículo 1458 del Código Civil de 1936).

– *Concordancias nacionales.*

Responsabilidad del cedente cuando garantiza la solvencia del deudor, artículo 1213 del Código Civil / Cesión por ministerio de la ley, artículo 1214 del Código Civil / Obligación del aportante al saneamiento, artículo 12 de la Ley General de Sociedades.

– GARANTIA DE LA SOLVENCIA DEL DEUDOR. LIMITES.

Artículo 1213.- *"El cedente no está obligado a garantizar la solvencia del deudor, pero si lo hace, responde dentro de los límites de cuanto ha recibido y queda obligado al pago de los intereses y al reembolso de los gastos de la cesión y de los que el cesionario haya realizado para ejecutar al deudor, salvo pacto distinto."*

– *Fuentes nacionales del artículo 1213.*

Este artículo no registra antecedentes en el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836*; en el *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836*; en el *Código Civil de 1852*; en el *Proyecto de Código Civil de 1890;* en el *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925;* en el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926;* ni en el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936.*

El tema fue abordado por primera vez en el Perú en el *Código Civil de 1936,* artículo 1459: "El que cede un crédito no responde de la solvencia del deudor, sino cuando se hubiese obligado a ello, y solamente hasta la cantidad que recibió como precio."

La *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973,* no trató la materia, al igual que el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980.*

El *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981,* lo hizo en su artículo 1237: "Puede el cedente garantizar la solvencia del deudor.- En tal caso, responde dentro de los límites de cuanto ha recibido y queda obligado al pago de los intereses y al reembolso de los gastos de la cesión y de los que el cesionario haya realizado para ejecutar al deudor, salvo pacto distinto."

El *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984,* trató sobre el particular en el numeral 1181: "El cedente no está obligado a garantizar la solvencia del deudor, pero si lo hace, responde dentro de los límites de cuanto ha recibido y queda obligado al pago de los intereses y al reembolso de los gastos de la cesión y de los que el cesionario haya realizado para ejecutar al deudor, salvo pacto distinto."

– *Fuentes y concordancias extranjeras.*

Coinciden con el artículo 1213 del Código Civil Peruano, entre otros, los Códigos Civiles Chileno (artículo 1907), Guatemalteco de 1973 (artículo 1451), Brasileño (artículo 1074), Mexicano (artículos 2043 y 2044 -estableciendo este último precepto que si el cedente se hubiera hecho responsable de la solvencia del deudor y no se fijare el tiempo que esta responsabilidad deba durar, se limitará a un año, contado desde la fecha en que la deuda fuere exigible, si estuviere vencida; si no lo estuviere, se contará desde la fecha de vencimiento-); Español (artículo 1529), Anteproyecto Paraguayo de Luis de Gásperi (artículo 921), Proyecto de Código Civil Brasileño de 1975 (artículo 294), Proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones y Contratos de 1927 (artículo 268), Suizo de las Obligaciones (artículo 173, segundo párrafo, -el que señala que cuando la cesión tiene lugar en virtud de la ley, el acreedor no es garante de la existencia de la acreencia, ni de la solvencia del deudor-); y Ecuatoriano (artículo 1875).

El Código Civil Italiano de 1942 (artículo 1267) establece que el cedente no responde de la solvencia del deudor, salvo que haya asumido la garantía de él. En este caso, responde dentro de los límites de cuanto ha recibido, y debe abonar además los intereses, reembolsar los gastos de la cesión y los que el cesionario haya soportado para ejecutar al deudor, y resarcir el daño. Todo pacto dirigido a agravar la responsabilidad del cedente queda sin efecto. Cuando el cedente ha garantizado la solvencia del deudor, la garantía cesa, si la falta de realización del crédito por insolvencia por el deudor ha dependido de negligencia del cesionario en iniciar o en proseguir las instancias contra dicho deudor.

Por su parte, el Código Civil Etíope, en su artículo 1964, señala que cuando la cesión es a título oneroso, el cedente garantiza la existencia de la acreencia al momento de la transferencia. Cuando es a título gratuito no se halla obligado a efectuar tal garantía.

– *Análisis.*

Si bien en virtud de lo establecido por el artículo 1212 del Código Civil Peruano se impone al acreedor-cedente la obligación de garantizar la existencia y exigibilidad del derecho cedido, el cedente no está obligado a garantizar la solvencia del deudor.

Pero es posible, conforme a lo previsto por la ley peruana, que el acreedor-cedente garantice expresamente la solvencia del deudor-cedido. Como dice Roberto de Ruggiero[1], el cedente no está nunca obligado a garantizar la solvencia del deudor, o, como se suele decir, la **bonitas nominis**; pero si por pacto expreso fue establecido lo contrario, responderá. Esto es lo que Colin y Capitant[2] denominan las cláusulas extensivas de garantía, a través de las cuales el cedente garantiza expresamente al cesiona-

(1) DE RUGGIERO, Roberto. Op. cit., Tomo I, Página 204.
(2) COLIN, Ambroise y CAPITANT, Henri. Op. cit., Tomo II, Páginas 352 y 353.

rio, no solamente la existencia del crédito, sino también la solvencia del deudor; estando el alcance de esta cláusula restringido por la ley desde dos puntos de vista. Como dicen los autores citados, el cedente que ha garantizado la solvencia se obliga "solamente hasta lo que importa el precio que ha obtenido por el crédito". He cedido por 40,000 francos un crédito de 60,000 con garantía de solvencia -dicen los autores citados-. Si el deudor cedido es insolvente, sólo deberé reembolsar al cesionario 40,000 francos, y no 60,000, pues la ley no prevé la cláusula contraria; añaden que este silencio, como es intencionado, equivale a la prohibición de una estipulación que obligaría al responsable de la solvencia al pago del crédito por todo su valor nominal; apareciendo semejante estipulación, en efecto, como ilícita en sí misma, pues serviría para burlar la prohibición del préstamo usurario.

Señalan además los profesores citados que, cuando el cedente ha prometido la garantía de solvencia del deudor, esta promesa sólo se extiende a la solvencia actual, y no se extiende a la futura, si el cedente no lo ha estipulado expresamente; caso en el cual, el responsable de la solvencia sólo responde del presente, pero no de la insolvencia que sobrevenga posteriormente. Esta segunda restricción descansa únicamente en la interpretación de la intención probable del cedente; viéndose que de este modo la ley autoriza la cláusula contraria, aquella en virtud de la cual el cedente garantizará a la vez la solvencia actual y la solvencia futura, la misma que se llama cláusula de suministrar y hacer valer (**fournir et faire valoir**), y que convierte al cedente en fiador del cedido. Según Colin y Capitant, en la hipótesis de una cláusula de este género, el cesionario no podrá, en principio, ejercitar su acción contra el cedente hasta haber hecho excusión de los bienes del cedido, pues sólo entonces tendrá la certidumbre de su insolvencia; pero no cabe duda de que el contrato podrá autorizarle a proceder contra el cedente después de una simple negativa de éste de pagar al vencimiento. Si esta fuere la situación, dicho acreedor quedará obligado a lo siguiente:

(1) A responder dentro de los límites de cuanto hubiese recibido por parte del tercero-cesionario. Esto quiere decir que dicho acreedor deberá devolver al cesionario todo aquello que este último le hubiese pagado (de ser el caso).

(2) A pagar al cesionario los intereses devengados por la suma materia del punto anterior.

(3) A reembolsar al cesionario los gastos que hubiese efectuado éste con motivo de la celebración del contrato de cesión de derechos; comprendiéndose dentro de este rubro a los gastos directa o indirectamente ocasionados con la celebración del contrato.

(4) A reembolsar al cesionario los gastos en que hubiese incurrido para ejecutar judicial o extrajudicialmente la deuda del deudor que resultó ser insolvente.

Naturalmente, todas las obligaciones mencionadas regirán a falta de pacto en contrario. En tal sentido, cedente y cesionario tendrán la más amplia libertad para modelar su relación contractual.

Cabe reparar que, aunque los casos no son iguales, la solución del artículo 1213 del Código Civil Peruano difiere de la del segundo párrafo del artículo 1283 -relativo a la novación subjetiva en la modalidad de delegación-. En este último supuesto se sanciona el error o el dolo del que fue víctima el acreedor al efectuarse la delegación, manteniendo la responsabilidad del deudor primitivo y de sus garantes. Entendemos que debería haberse previsto similar solución en el caso del artículo 1213, respecto al antiguo acreedor, esto es al cedente, pues podría ocurrir que tal cedente conociera que el deudor es insolvente y, de manera dolosa, indujera a un tercero a aceptar la cesión del derecho. La ley no puede proteger esta clase de fraudes. Aquí podría darse -incluso- la hipótesis del pago de una indemnización de daños y perjuicios.

Además, cabe reflexionar sobre el sentido de la norma, cuando prevé, para el caso en que se garantiza la solvencia del deudor, el pago de intereses. Consideramos que el pago de inte-

reses sólo será posible en aquellas obligaciones que consistan en dinero o sean fácilmente valorables patrimonialmente. En cambio, existiría una enorme dificultad para el caso de muchas obligaciones de hacer y la casi generalidad de las obligaciones de no hacer.

Adicionalmente, consideramos necesario dejar establecido que las soluciones al tema contempladas por el artículo 1213, bajo comentario, se tendrían que adoptar de acuerdo con la buena o mala fe del cedente, con la buena o mala fe del cesionario, y teniendo en cuenta si la cesión se efectuó a título gratuito o a título oneroso.

– *Jurisprudencia peruana del artículo 1213.*

Sobre este tema tenemos la siguiente Ejecutoria Suprema:

"Los acreedores tienen la facultad de repetir contra su deudor por el importe del documento de crédito comprendido en la cesión informal de bienes y que no ha sido cubierto por la persona obligada." Ejecutoria del 23 de junio de 1930. Anales Judiciales, Página 170. (Artículo 1459 del Código Civil de 1936).

– *Concordancias nacionales.*

Obligación de garantizar la existencia y exigibilidad del derecho cedido, artículo 1212 del Código Civil / Cesión por ministerio de la ley, artículo 1214 del Código Civil / Obligación del aportante al saneamiento, artículo 12 de la Ley General de Sociedades.

– GARANTIAS EN LA CESION OPERADA POR MANDATO LEGAL.

Artículo 1214.- *"Cuando la cesión opera por ministerio de la ley, el cedente no responde de su realidad, ni de la solvencia del deudor."*

– *Fuentes nacionales del artículo 1214.*

Este artículo no registra antecedentes en el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836*; en el *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836*; en el *Código Civil de 1852*; en el *Proyecto de Código Civil de 1890*; en el *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925;* en el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926;* ni en el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936.*

Regula por primera vez el tema, el *Código Civil de 1936,* en su artículo 1464: "Cuando la cesión de crédito se opere por ministerio de la ley, el acreedor originario no responde ni de su realidad, ni de la solvencia del deudor."

La *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García,*

del año 1973, no trata el tema; como tampoco lo hacen el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980*; ni el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981.*

El *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984*, trata sobre el particular en el numeral 1182: "Cuando la cesión opera por ministerio de la ley, el cedente no responde de su realidad, ni de la solvencia del deudor."

– *Fuentes y concordancias extranjeras.*

Coinciden con el artículo 1214 del Código Civil Peruano, entre otros, el Código Civil Chileno (artículo 1913), el Código Civil Brasileño (artículo 1076) y el Código Civil Ecuatoriano (artículo 1881).

– *Análisis.*

Los supuestos de los artículos 1212 y 1213 del Código Civil Peruano, antes analizados, se enmarcan dentro de los casos en que la cesión de derechos emane de un contrato celebrado entre el cedente y el cesionario, vale decir, de un pacto concertado de mutuo y libre acuerdo por las partes.

Pero como la voluntad humana no es la única fuente de las obligaciones en general, tampoco lo es para el caso de la cesión de derechos, supuesto en el cual dicha obligación (la de ceder el derecho) podría surgir en virtud de una norma legal imperativa.

Es para este supuesto que el Código recoge lo preceptuado por el artículo 1214. Si la cesión surgiese, no por voluntad del cedente, sino por mandato legal, dicho cedente no respondería de su realidad (término dentro del cual el Código Civil comprende a la existencia de la obligación y a la exigibilidad de la misma), ni de la solvencia del deudor.

La solución planteada por el artículo bajo comentario resulta justa y lógica.

Debemos señalar, antes de concluir nuestros comentarios sobre esta norma, que el supuesto de la misma no es -de ninguna manera- aquel en que la cesión de derechos opera **mortis causa**, pues aquí el causante, por razones obvias, de nada respondería ante sus herederos. La hipótesis prevista por el Código se refiere, sin duda, a una cesión de derechos legal **inter vivos**.

Como se observa de sus antecedentes, el precepto lo introdujo la Comisión Revisora, teniendo en cuenta el artículo 1464 del Código Civil de 1936.

– *Propuesta de eventual modificación legislativa del artículo 1214.*

Artículo 1214.- "Cuando la cesión opera por ministerio de la ley, el cedente no responde de la existencia o exigibilidad de la obligación, ni de la solvencia del deudor."

– *Fundamento.*

Proponemos variar la redacción de esta norma para concordarla con la terminología del artículo 1212 del Código, pues con el término "realidad" se está haciendo alusión, como hemos señalado, a la "existencia y exigibilidad" de la obligación.

– *Concordancias nacionales.*

Obligación de garantizar la existencia y exigibilidad del derecho cedido, artículo 1212 del Código Civil / Responsabilidad del cedente cuando garantiza la solvencia del deudor, artículo 1213 del Código Civil.

– MOMENTO DESDE EL CUAL PRODUCE EFECTOS LA CESION.

Artículo 1215.- *"La cesión produce efecto contra el deudor cedido desde que éste la acepta o le es comunicada fehacientemente."*

– *Fuentes nacionales del artículo 1215.*

Este artículo no registra antecedentes en el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836*; en el *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836;* en el *Código Civil de 1852;* en el *Proyecto de Código Civil de 1890;* en el *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925;* en el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926;* ni en el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936.*

El *Código Civil de 1936* regula por primera vez el tema en su artículo 1457: "No adquiere el cesionario acción contra el deudor cedido por los derechos que se le hubiere transferido, sino desde que éste acepta la traslación, o desde que se le notifica judicialmente."

La *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973*, no trató el punto; como tampoco lo hizo el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980.*

El *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981,* reguló el tema en su artículo 1233: "La cesión produce efectos contra el deudor cedido desde que éste la acepta o le sea comunicada."; en tanto que el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984,* lo hizo en el numeral 1183: "La cesión produce efectos contra el deudor cedido desde que éste la acepta o le es comunicada fehacientemente."

– *Fuentes y concordancias extranjeras.*

Coinciden con el artículo 1215 del Código Civil Peruano, entre otros, el Código Civil Italiano de 1942 (artículo 1264, primer párrafo), el Chileno (artículo 1902), el Ecuatoriano (artículo 1869), el Guatemalteco de 1973 (artículo 1448, primer párrafo), el Español (artículo 1527), el Brasileño (artículo 1069), el Proyecto de Código Civil Brasileño de 1975 (artículo 288) y el Código de la República de China de 1930 (artículo 297).

Por su parte, el Código Civil Alemán (artículo 409) establece que si el acreedor notifica al deudor que ha cedido el crédito, debe dejar valer contra sí frente al deudor la cesión notificada, aunque ésta no se realice o no sea eficaz. A la notificación se equipara la circunstancia de que el acreedor haya expedido un documento sobre la cesión al nuevo acreedor designado en el documento y éste lo presente al deudor; agrega que la notificación únicamente puede ser retirada con el asentimiento de aquel que ha sido designado como nuevo acreedor. Este cuerpo legal señala además (artículo 410) que el deudor sólo está obligado a la prestación frente al nuevo acreedor contra entrega de un documento sobre la cesión, expedido por el antiguo acreedor. Un aviso o una advertencia del nuevo acreedor es ineficaz si se realiza sin la presentación de tal documento y el deudor la rechaza inmediatamente por este motivo; dispone adicionalmente que estas reglas no se aplican si el anterior acreedor ha notificado al deudor la cesión por escrito.

El B.G.B. también establece (artículo 411) que si un militar, un funcionario público, un funcionario eclesiástico o un profesor cede a un establecimiento público de instrucción la parte cedible de su paga, sueldo o retiro, ha de enterarse de la cesión a la Caja pagadora por entrega de un documento expedido por el antiguo acreedor, públicamente autenticado. Hasta la notificación, la cesión vale como no conocida para la Caja.

– *Análisis.*

Consideramos que sobre el artículo 1215 del Código Civil Peruano existen dos corrientes interpretativas. Vamos a exponer cada una de ellas.

Una primera sostiene que es característica importante de la cesión de derechos la circunstancia de que ella no requiere para su validez y eficacia de la aceptación del deudor cedido, sino de la concurrencia de dos elementos:

(1) Del contrato de cesión de derechos celebrado entre el cedente y el cesionario.

(2) De la comunicación de la celebración de dicho contrato al deudor-cedido.

Y una segunda sostiene que para la validez se requiere, además de los dos elementos anteriores, de la aceptación del deudor-cedido. Sin embargo, por nuestra parte consideramos claro que sólo la primera interpretación es la que reviste pertinencia.

Como dice Roberto de Ruggiero[1], si bien la convención obli-

(1) DE RUGGIERO, Roberto. Op. cit., Tomo I, Página 18.

ga al cedente frente al cesionario, no produce sus efectos frente al deudor cedido, quien ignorando la cesión puede pagar a su acreedor originario con pleno efecto liberatorio; la cesión es **res inter alios acta** respecto a los terceros, y terceros son tanto el deudor cedido cuanto los acreedores del cedente y sus sucesores a título particular, los cuales todos tienen perfecto derecho a considerar al cedente como el único y verdadero acreedor; agrega que para dar al acto eficacia plena frente a los terceros precisa un medio que dé a aquél publicidad, y este medio consiste en la notificación de la cesión hecha al deudor o en la aceptación de la misma por este último; siendo la primera, la denuncia que el cesionario o el propio cedente hacen al deudor cedido de la convención celebrada, que no es otra cosa que el acto solemne de la participación hecha al deudor de la cesión verificada, o la demanda judicial de este último para que realice la prestación. Sobre este particular, Doménico Barbero[2] nos dice que aunque la cesión de los créditos sea un contrato consensual, y como tal inmediatamente operativo entre el acreedor-cedente y el adquirente-cesionario, no sería justo, sin embargo, tener obligado al deudor -que, con posterioridad a la cesión, hubiese pagado al cedente- a volver a efectuar el pago frente al cesionario, si no conocía la cesión. He aquí, a decir de Barbero, la razón de la necesidad de que el contrato de cesión sea notificado al deudor; hecha esta notificación, el deudor no estaría ya en buena fe si efectuase el pago al acreedor originario, y no quedaría liberado frente al cesionario; pero, sin embargo, la notificación no es un dato imprescindible: aquí se mira la buena fe, y los efectos de la notificación se obtienen igualmente si se prueba que el deudor ha pagado al cedente, conociendo la cesión.

Por otra parte, Barbero[3] señala que cuando el débito es incedible por voluntad de las partes, si por un lado es verdad que la cesión es imperfecta, por el otro no es menos verdad que la voluntad que lo ha puesto puede remover el impedimento; siendo en este caso la voluntad interesada, la del deudor, en relación al

(2) BARBERO, Doménico. Op. cit., Tomo III, Página 294.
(3) BARBERO, Doménico. Op. cit., Tomo III, Páginas 294 y 295.

cual la cesión tiene efecto, no ya sólo en cuanto le haya sido notificada, sino en cuanto él la haya aceptado; aceptación que, indudablemente, tiene carácter negocial, pero que no transforma el contrato en un negocio de tres, ya que la intervención del deudor se despliega solamente en relación al acreedor originario, y se orienta a remover el impedimento proveniente del pacto de no cedibilidad.

En estas circunstancias, cabe preguntarnos por qué se ha señalado en el artículo bajo comentario que la cesión produce efectos cuando el deudor cedido acepta dicha cesión o cuando ésta le es comunicada fehacientemente.

Aparentemente la mención a la aceptación del deudor-cedido carecería de objeto, ya que bastaría con la comunicación al mismo de que se ha producido la cesión para que ésta surta sus efectos; pudiendo posteriormente el deudor manifestar su aceptación o rechazo a dicha cesión, y siendo indiferente el contenido de la respuesta, pues necesariamente, con o sin su asentimiento, la cesión surtiría efectos.

Pero el sentido de la referencia a la aceptación por el deudor es para el caso en el cual no se le hubiese comunicado de manera fehaciente la cesión. Esta situación -se dice- comprende dos supuestos distintos:

(1) Caso en el cual no se le comunica al deudor cedido la cesión, pero éste, al enterarse por un medio distinto, manifiesta al acreedor-cedente su conformidad con dicha cesión.

(2) Caso en el cual se le comunica al deudor-cedido la cesión, pero no de manera fehaciente; y aun así, dicho deudor manifiesta su voluntad afirmativa de conformidad con la cesión.

En las dos hipótesis anteriores se considerará que la cesión produce efectos; lo que equivale a decir que, en estos dos casos, ya no se requerirá de comunicación fehaciente.

La anotada corriente de pensamiento considera que con esta interpretación cobra sentido el artículo 1215.

Sin embargo, nosotros no compartimos esta posición. Creemos que la interpretación correcta del numeral bajo comentario es considerar que este artículo contiene dos previsiones claramente diferenciadas y de soluciones muy precisas:

(a) Una primera hipótesis en la que el deudor acepta la cesión. O lo hace interviniendo en el contrato de cesión, o previamente a él, o luego de celebrado. En todos estos casos, el deudor cedido ya no puede cuestionar la cesión, puesto que la ha aceptado.

(b) Una segunda hipótesis en la cual no se requiere el asentimiento del deudor para la cesión, o si requerido éste se niegue a aceptarla. Entonces se le comunica en forma fehaciente; por ejemplo, por carta notarial. Aquí el deudor puede oponerse a la cesión aduciendo diversas razones; por ejemplo, que la relación obligacional es **intuitu personae**, o que hay pacto que la impide, etc. En estos casos, si el deudor tiene la razón, la cesión no producirá efectos respecto de él. En otras palabras, cuando el Código Civil señala que produce efectos al tiempo que le es comunicada fehacientemente, no significa que esto sea definitivo e irrevocable, ya que puede no producir efectos, si es que el deudor se opone con fundamentos. Sin duda este es el sentido del Código.

– Jurisprudencia peruana del artículo 1215.

En relación al tema regulado por el artículo 1215 del Código Civil, tenemos las siguientes Ejecutorias Supremas:

I.- "Es válida la transacción celebrada por el deudor con el cedente respecto de los derechos transferidos, si la cesión no ha sido notificada al deudor o aceptada por éste." Anales Judiciales 1907, Página 34. (Artículo 1457 del Código Civil de 1936).

II.- "La oposición a la transferencia de derecho sobre un bien social, deducida por uno de los administradores de una sociedad, antes de su perfeccionamiento y de la entrega de los títulos, produce la suspensión del acto." Anales Judiciales, 1926, Página 130. (Artículo 1457 del Código Civil de 1936).

III.- "La cesión no requiere ser notificada previamente para que el acreedor adquiera acción contra el deudor." Anales Judiciales, 1939, Página 755; 1959, Página 44. (Artículo 1457 del Código Civil de 1936).

IV.- "No procede la oposición del deudor al auto que ordena la notificación de la transferencia." Revista de los Tribunales, 1943, Página 222. (Artículo 1457 del Código Civil de 1936).

V.- "El endoso de una letra hecho después de su vencimiento no necesita ser notificado al obligado para que se pueda cobrar judicialmente su importe." Ejecutoria del primero de junio de 1959. Revista de Jurisprudencia Peruana, Número 187, 1959, Página 892. (Artículo 1457 del Código Civil de 1936).

VI.- "El endoso efectuado después del protesto produce los efectos de una cesión de créditos, o sea que permite al deudor cambiario oponerse al cumplimiento de las obligaciones consignadas en el título valor, en base a las excepciones que le favorezcan, incluidas las personales, al endosatario, al interponer la acción ejecutiva que compete al endosante; pero no hace necesaria la notificación judicial que para la cesión de crédito establece el artículo 1457 del Código Civil." Ejecutoria del 14 de mayo de 1975. Revista de Jurisprudencia Peruana, Número 378, 1975, Página 722. (Artículo 1457 del Código Civil de 1936).

– Concordancias nacionales.

Ejecución de la prestación por el deudor cedido, artículo 1216 del Código Civil.

– CUMPLIMIENTO PREVIO A LA COMUNICACION O ACEPTACION.

Artículo 1216.- *"El deudor que antes de la comunicación o de la aceptación, cumple la prestación respecto al cedente, no queda liberado ante el cesionario si éste prueba que dicho deudor conocía de la cesión realizada."*

– *Fuentes nacionales del artículo 1216.*

Este artículo no registra antecedentes en el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836*; en el *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836;* en el *Código Civil de 1852;* en el *Proyecto de Código Civil de 1890;* en el *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925;* en el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926;* en el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936;* en el *Código Civil de 1936;* en la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973;* ni en el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980.*

El tema fue abordado por primera vez en el Perú por el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981,* artículo 1234:

"El deudor que aun antes de la comunicación o de la aceptación, cumple la prestación respecto al cedente, no queda liberado ante el cesionario si éste prueba que dicho deudor estaba en conocimiento de la cesión realizada."; siendo posteriormente regulado por el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984,* artículo 1184: "El deudor que aun antes de la comunicación o de la aceptación, cumple la prestación respecto al cedente, no queda liberado ante el cesionario si éste prueba que dicho deudor estaba en conocimiento de la cesión realizada."

– *Fuentes y concordancias extranjeras.*

Coinciden con el artículo 1216 del Código Civil Peruano, entre otros, el Código Civil Italiano de 1942 (artículo 1264, segundo párrafo), el Anteproyecto Paraguayo de Luis de Gásperi (artículo 915), el Proyecto de Código Civil Brasileño de 1975 (artículo 290), y el Código Suizo de las Obligaciones (artículo 167 -cuando prescribe que el deudor se libera válidamente si antes que la cesión le fuese puesta a su conocimiento por el cedente o cesionario, él pagó de buena fe al acreedor o en el caso de múltiples cesiones al cesionario con un derecho preferente-).

Por otra parte, mencionamos que el Código Civil Cubano de 1988 (artículo 261) establece que si el deudor no es notificado de la cesión o del pago de su deuda hecho por tercera persona, su cumplimiento con respecto al acreedor original lo libera en cuanto al nuevo.

– *Análisis.*

El principio general que se puede deducir del artículo 1216 del Código Civil Peruano es que el deudor que antes de la comunicación o de la aceptación cumple con la prestación respecto al acreedor cedente, queda liberado ante el cesionario.

Pero esta regla tiene una excepción, que es la planteada justamente por el artículo bajo análisis. Esta excepción trata de

una hipótesis muy remota. Sería el caso de un deudor excesivamente generoso que esté deseoso de pagar dos veces. Sin duda, son muy poco frecuentes los deudores de esta especie.

Como dice De Ruggiero[1], el deudor cedido no puede, desde el momento en que se le notifica la cesión, cumplir la prestación en favor del cedente; si éste, no obstante, realiza la prestación en favor del cedente, el pago carece de eficacia liberatoria respecto al cesionario; razón por la cual los acreedores del cedente no pueden accionar ejecutivamente contra el crédito, cuya disponibilidad perdió aquél para el deudor y para los terceros.

Según el citado tratadista, a partir del momento de la notificación o de la aceptación, el deudor cedido debe realizar la prestación en favor del cesionario, sin que le sea lícito indagar la causa de la cesión, porque la relación entre cedente y cesionario le es extraña.

Sin embargo, resulta necesario aclarar que estamos ante un supuesto en el cual el deudor-cedido no ha sido notificado de la cesión celebrada, ya que si éste fuese el caso, el deudor-cedido tampoco quedaría liberado luego de haber pagado al acreedor, lo que equivale a decir que tendría que pagar necesariamente al tercero cesionario. Pensamos que respecto del acreedor-cedente a quien se efectuó el pago, el deudor-cedido tendría la acción por enriquecimiento sin causa, a fin de que se le restituya lo pagado, ya que no podría plantear una acción de pago indebido, puesto que el mismo no se habría hecho mediando error de hecho ni de derecho.

– *Concordancias nacionales.*

Momento desde que surte efectos la cesión, artículo 1215 del Código Civil.

---

(1) DE RUGGIERO, Roberto. Op. cit., Tomo I, Páginas 205 y 206.

– CONCURRENCIA DE ACREEDORES RESPECTO DEL DERECHO CEDIDO.

Artículo 1217.- *"Si un mismo derecho fuese cedido a varias personas, prevalece la cesión que primero fue comunicada al deudor o que éste hubiera aceptado."*

– *Fuentes nacionales del artículo 1217.*

Este artículo no registra antecedentes en el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836;* en el *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836;* en el *Código Civil de 1852;* en el *Proyecto de Código Civil de 1890*; en el *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925;* en el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926;* en el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936;* en el *Código Civil de 1936;* en la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973;* ni en el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980.*

El tema fue abordado por primera vez en el Perú por el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981,* artículo 1235: "Si un mismo derecho fuese cedido a varias personas, prevalece

la cesión que primero fue comunicada al deudor o que éste hubiera aceptado."; y posteriormente por el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984,* artículo 1185: "Si un mismo derecho fuese cedido a varias personas, prevalece la cesión que primero fue comunicada al deudor o que éste hubiera aceptado."

– *Fuentes y concordancias extranjeras.*

Coinciden con el artículo 1217 del Código Civil Peruano, entre otros, los Códigos Civiles Italiano de 1942 (artículo 1265 -el mismo que agrega "...por acto de fecha cierta, aun cuando la misma sea de fecha posterior. La misma norma se observa cuando el crédito ha sido objeto de constitución del usufructo o prenda"-); Mexicano (artículo 2039) y el Anteproyecto Paraguayo de Luis de Gásperi (artículo 913).

Por su parte, en el Proyecto de Código Civil Brasileño de 1975 (artículo 289) prevalece el cesionario a cuyo favor se hubiese efectuado la tradición del título del crédito cedido.

De otro lado, puede mencionarse que el Código Civil Alemán (artículo 408) dispone que si un crédito ya cedido es cedido otra vez por el antiguo acreedor a un tercero, se aplican oportunamente en beneficio del deudor frente al más antiguo adquirente las disposiciones del parágrafo 407, si el deudor efectúa la prestación al tercero o si entre el deudor y el tercero es celebrado un negocio jurídico o si hay pendiente un litigio; agrega que lo mismo vale si el crédito ya cedido es adjudicado a un tercero por decisión judicial, o si el antiguo acreedor reconoce frente al tercero que el crédito ya cedido ha pasado a dicho tercero en virtud de la ley.

– *Análisis.*

Cabe la posibilidad de que un acreedor inescrupuloso ceda el mismo derecho a varias personas de manera sucesiva. Planteada una situación como la expuesta, surgiría el problema de saber cuál de los terceros-cesionarios debe ser preferido como nuevo titular del derecho cedido. Es lo que Héctor Lafaille[1] denomina como el supuesto de cesionarios sucesivos; o lo que Jorge Joaquín Llambías[2] califica como conflicto entre cesionarios.

Para tal efecto, el Código Civil Peruano establece, en esta norma, que prevalecerá la cesión que primero fue comunicada al deudor o la primera que éste hubiese aceptado (en el supuesto que no le hubiese sido comunicada o que, siéndolo, no se le hubiese hecho de manera fehaciente). En tal sentido, resultará evidente que no tendrá ningún valor ni importancia el orden en que el acreedor-cedente haya cedido el derecho en cuestión a los diversos terceros-cesionarios, ya que en virtud del precepto que estamos analizando, no se preferirá al tercero cuya cesión revista la mayor antigüedad, sino a aquel cuya cesión fue comunicada en primer lugar (o tal vez única) al deudor-cedido. Como dice Doménico Barbero[3], prevalecerá aquella cesión cuya adquisición, aunque posterior a otra, ha sido primeramente notificada al deudor cedido; o aquella que fue aceptada primero. Para Jorge Joaquín Llambías[4] el criterio legal es sumamente claro; el cesionario que es el primero en notificar la cesión, o que primeramente cuenta a su favor con la aceptación auténtica del deudor, es preferido a los demás cesionarios; sin que cuente la fecha de la cesión, sino la fecha de la notificación o aceptación. Lo que es lógico, pues esta circunstancia es la que opera "**erga omnes**" el traspaso del crédito; de manera que siendo los cesionarios terceros entre sí, sólo queda consumada la cesión efectuada a favor del primero que ha notificado la cesión, o a quien se la ha aceptado el deudor: los demás cesionarios sólo lo son de nombre, porque no pueden objetar la consumación de la cesión a favor de quien tiene preeminencia sobre ellos, quedándoles sólo una acción de daños y perjuicios contra el cedente que les ha transmitido un derecho vacío de contenido.

Agrega Llambías que si la notificación o aceptación tiene lu-

---

(1) LAFAILLE, Héctor. Op. cit., Tomo VI, Volumen I, Páginas 264 y 265.
(2) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo II - B, Páginas 50 y 51.
(3) BARBERO, Doménico. Op. cit., Tomo III, Página 295.
(4) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo II - B, Páginas 50 y 51.

gar el mismo día, todos los cesionarios actúan en un pie de igualdad: la diferencia de horas dentro del mismo día no se computa, produciéndose, en esta hipótesis, el fraccionamiento de la titularidad del crédito entre los distintos cesionarios, cada uno de los cuales sólo está legitimado para cobrar la cuota correspondiente: "**Concursus partes fiunt**"; pero, como cada cual ha adquirido la totalidad del crédito con respecto al cedente, pueden hacer valer contra él la garantía de evicción por la parte que no les quedó transmitida por haberse perfeccionado la transferencia a favor de un tercero, con relación a esa parte.

Además, el citado autor establece que, del lado del deudor, esta hipótesis le obliga a un pago fraccionado a favor de cada cesionario, salvo que la prestación fuese indivisible, en cuyo caso sería aplicable el régimen de las obligaciones indivisibles; pero que si el hecho del pago fraccionado ocasionara al deudor algún perjuicio, podría éste demandar la pertinente reparación al cedente, que sería el causante del daño.

La solución adoptada por el Código Civil Peruano a este respecto podría resultar discutible, en la medida en que el orden de preferencia establecido para tal efecto no tiene nada que ver con la diligencia que haya empleado cada tercero-cesionario para la celebración del contrato respectivo.

Una corriente de pensamiento referida a este numeral considera, por eso, que hubiese podido adoptarse un criterio similar al previsto en las normas de concurrencia de acreedores en las obligaciones de dar bienes ciertos (artículos 1135 y 1136 del Código Civil), prescindiendo de la entrega (para el caso de los bienes muebles) o de la inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble (para el caso de los bienes inmuebles); vale decir, un orden de preferencia basado en los documentos de fecha cierta y, dentro de ellos, aquellos que revistan la fecha cierta más antigua.

Pero, a nuestro juicio, dicha solución no hubiera sido adecuada, porque se trata de supuestos no asimilables. El trecho entre las obligaciones de dar y la cesión de derechos es muy distante.

Creemos que la solución del Código es la correcta. Sin embargo, cabría hacer una precisión en el sentido de que el cesionario, para que le sean de aplicación las reglas de concurrencia, debe haber actuado de buena fe. Estos principios no se incluyeron en el artículo bajo comentario, por considerarse innecesarios y de fácil solución por los Principios Generales del Derecho. Sin embargo -así lo consideramos-, su adición aclararía cualquier duda al respecto.

- ***Propuesta de eventual modificación legislativa del artículo 1217.***

Artículo 1217.- "Si un mismo derecho fuese cedido a varias personas, prevalece la cesión que primero fue comunicada al deudor o que primero hubiere sido aceptada.

Para que un cesionario sea preferido deberá haber actuado de buena fe."

- ***Fundamento.***

Consideramos necesario adecuar la redacción del primer párrafo del artículo 1217 del Código Civil, para otorgarle mayor claridad.

Creemos también necesario agregar un segundo párrafo, para evitar cualquier duda respecto a la actitud con la que hubiese actuado el cesionario. Deberá -claro está- haber actuado de buena fe.

- ***Concordancias nacionales.***

Concurrencia de acreedores sobre un mismo bien inmueble, artículo 1135 del Código Civil / Concurrencia de acreedores sobre un mismo bien mueble, artículo 1136 del Código Civil / Arrendamiento de un mismo bien a dos o más personas, artículo 1670 del Código Civil.

La primera edición de *Para leer el Código Civil, Vol. XVI, Tratado de las Obligaciones, Primera Parte, Tomo III*, se terminó de imprimir en el mes de noviembre de 1994, en los talleres gráficos de Editorial e Imprenta DESA S.A., (Reg. Ind. 16521) General Varela 1577, Lima 5, Perú.
La edición fue de 3,000 ejemplares.

PUBLICACIONES RECIENTES

ANITA G. COOK

Wari y Tiwanaku: entre el estilo y la imagen. 1994. 346 p.

OSWALDO HOLGUIN C.

Tiempos de Infancia y Bohemia. Ricardo Palma (1833-1860). 1994. 736 p.

HEYSUN KO Y FRANCISCO CARRANZA (Selección y traducción).

La Cárcel del Corazón y otros relatos (Narrativa Coreana). 1994. 272 p.

RAUL LEON CAPARO

Racionalidad Andina en el uso del espacio. 1994. 378 p.

OLGA LOCK DE UGAZ

Investigación Fitoquímica. Método en el estudio de productos naturales. 2a. ed. (corregida y aumentada). 1994. XX 300 p.

MERCEDES LOPEZ - BARALT

Guamán Poma: autor y artista. 1994. 214 p.

MANUEL MARZAL FUENTES

La Utopía Posible. Tomo II. 1994. 828 p.

AURELIO MIRO QUESADA

El Inca Garcilaso. 1994. 408 p.

MANUEL DE LA PUENTE Y LAVALLE

El Contrato en General. Segunda parte. 3 Tomos. (Biblioteca Para Leer el Código Civil. Vol. XV). 1994. 1,648 p.

ROGER RODRIGUEZ ITURRI

Código Didáctico de los Niños y Adolescentes. 1994. 510 p.

ENRIQUE ROJAS ZOLEZZI

Los Asháninkas. Un pueblo tras el bosque. 1994. 362 p.

IZUMI SHIMADA (Editor)

Tecnología y Organización de la producción de cerámica prehispánica en los Andes. 1994. 518 p.

FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA

En el País de las Colinas de Arena. Reflexiones sobre la inmigración china en el Perú del siglo XIX desde la perspectiva del Derecho. 1994. 2 Tomo. 662 + 618 p.

DE PROXIMA APARICION

CARMEN JULIA CABELLO
Cincuenta años de divorcio en el Perú 2da. Ed.

ROSENDO F. CHAVEZ DIAZ
Hidrología para Ingenieros.

GUILLERMO LOHMANN L.
Derecho de Sucesiones (Biblioteca para leer el Código Civil. Vol. XVII).

JOSE LUIS MARTINEZ CERECEDA
Autoridades en los Andes. Los atributos del Señor.

JUAN OSSIO A.
Las Paradojas del Perú Oficial. Indigenismo, democracia y crisis estructural.

ROGER RODRIGUEZ ITURRI
Adolescencia, matrimonio y familia.

ANGEL SAN BARTOLOME
Construcciones de albañilería

FONDO EDITORIAL
Av. Universitaria, cuadra 18, San Miguel.
Apartado 1761. Lima, Perú
Tlfs. 622540 (anexo 220) y 626390