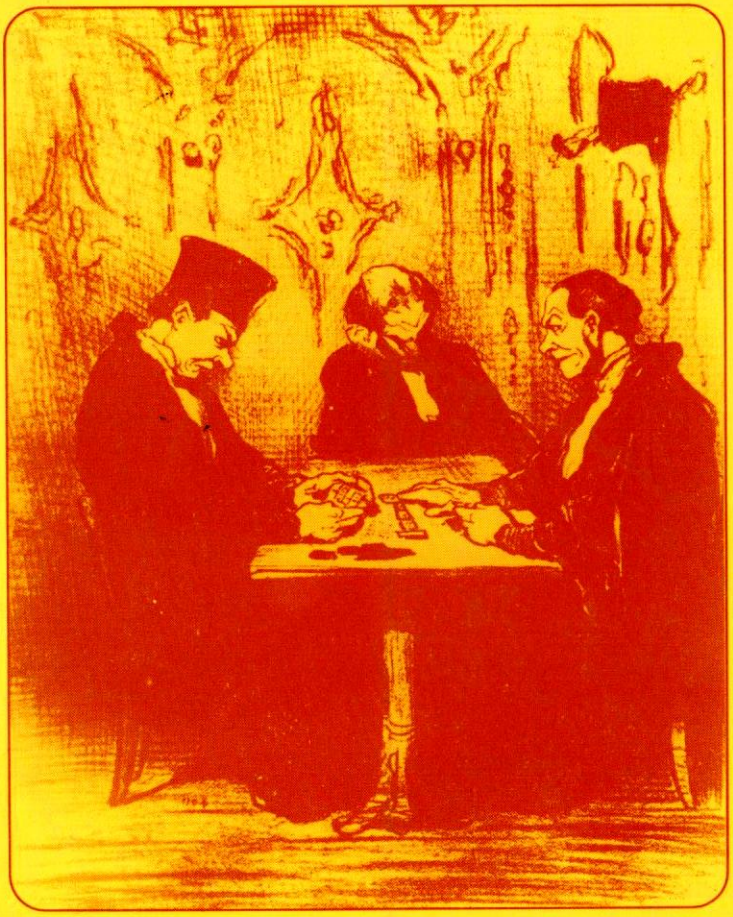
FELIPE OSTERLING PARODI
MARIO CASTILLO FREYRE

TRATADO DE LAS OBLIGACIONES



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

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 IV

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 IV)

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 84-8390-973-1

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 IV

CONTENIDO GENERAL

Sección Segunda

Efectos de las obligaciones

TITULO I
Disposiciones generales

Transmisión de la obligación a los herederos. Supuestos de exepción 15
Artículo 1218 15
Fuentes nacionales del artículo 1218 15
Fuentes y concordancias extranjeras 17
Análisis 17
a. Obligación no transmisible a los herederos por ser inherente a la persona 22
b. Obligación no transmisible a los herederos por prohibirlo la ley 22
c. Obligación no transmisible a los herederos por pacto 24
Jurisprudencia peruana del artículo 1218 24
Concordancias nacionales 25

Acciones que corresponden al acreedor por efecto de las obligaciones 27
Artículo 1219 27
Fuentes nacionales del artículo 1219 28
Fuentes y concordancias extranjeras 31

Análisis 31
1. El empleo de los medios legales para que el deudor le procure aquéllo a que se obligó 41
2. Procurarse la prestación o hacérsela procurar por otro, a costa del deudor 45
3. Exigir el pago de una indemnización 49
4. Promover acciones subrogatorias u oblicuas 49

1. Acción revocatoria o pauliana 67
a. Que el deudor se halle en estado de insolvencia 81
b. Que el perjuicio de los acreedores resulte del acto mismo del deudor, o que antes ya se hallase insolvente 82
c. Que el crédito en virtud del cual se intenta la acción, debe ser de fecha anterior al acto del deudor cuya revocación se demanda 82
2. Acción de simulación 88
3. Acción directa 94
4. Medidas conservatorias 98
5. Medidas curativas 99
A. Declaración de insolvencia 102
B. Junta de acreedores 105
C. Reestructuración de empresas 105
D. Disolución y liquidación extrajudicial de empresas 107
E. Quiebra de empresas 108
Jurisprudencia peruana del artículo 1219 113
Concordancias nacionales 118

TITULO II
Pago

CAPITULO PRIMERO
Disposiciones generales

Pago. Concepto 119
Artículo 1220 119
Fuentes nacionales del artículo 1220 119
Fuentes y concordancias extranjeras 120

Análisis 123
Los medios generales extintivos de las obligaciones 123
A. Posición de Eduardo Dato 123
B. Posición de Pedro N. Cazeaux y Félix A. Trigo Represas . 124
C. Posición de Jorge Joaquín Llambías 126
D. Posición de Francesco Messineo 129
E. Posición de Manuel Augusto Olaechea 133
F. Nuestra posición 133
1. Por su idoneidad 134
1.1. Ideales 134
1.2. No ideales 134
2. Por sus efectos 136
2.1. Extintivos, en estricto 136
2.2. No extintivos, en estricto 136
3. Por las partes que intervienen 137
3.1. Unilaterales 137
3.2. Bilaterales 138
3.3. Sin intervención de las partes 139
4. Por la intervención de la voluntad humana 139
4.1. Voluntarios 139
4.2. Involuntarios 139
5. Por su normalidad 140
5.1. Normales 140
5.2. Anormales 140
6. Por la satisfacción del interés patrimonial del acreedor 141
6.1. Satisfactorios 141
6.2. No satisfactorios 142
El pago como medio extintivo natural o idóneo de las obligaciones 142
A. Posición de Théophile Huc 142
B. Posición de Francesco Messineo 144
C. Posición de Doménico Barbero 144
D. Posición de Luis María Rezzónico 145
E. Posición de Pedro N. Cazeaux y Félix A. Trigo Represas .. 145
F. Posición de Jorge Joaquín Llambías 147
G. Posición de Eduardo B. Busso 148
H. Posición de Jacques Dupichot 152
I. Posición de Manuel Albaladejo 153
J. Nuestra posición 155

El alcance de la acepción "pago" 158
A. Posición de Jorge Joaquín Llambías 158
B. Posición de Atilio Aníbal Alterini, Oscar José Ameal y Roberto M. López Cabana 160
C. Posición de Raymundo M. Salvat 161
D. Posición de Jacques Dupichot 162
E. Posición de Alex Weill y François Terré 162
F. Posición de Boris Starck, Henri Roland y Laurent Boyer 162
G. Posición de Arturo Valencia Zea 163
H. Posición de Antonio de la Vega Vélez 163
I. Posición de Antonio Hernández Gil 164
J. Posición de Ernesto Clemente Wayar 170
K. Posición de Manuel Augusto Olaechea 175
L. Posición de Robert Joseph Pothier 175
M. Posición de C. Demolombe 176
N. Posición de G. Baudry-Lacantinerie 177
O. Posición de Héctor Lafaille 177
P. Nuestra posición 178
Requisitos del pago 181
a. Preexistencia de una obligación 182
b. Que la prestación se efectúe con **animus solvendi** 182
c. Que se pague aquello que se debe 185
A. Posición de Roberth Joseph Pothier 186
B. Posición de C. Demolombe 187
C. Posición de Jorge Joaquín Llambías 188
D. Posición de Atilio Aníbal Alterini, Oscar José Ameal y Roberto M. López Cabana 190
E. Posición de Ernesto Clemente Wayar 190
F. Nuestra posición 193
d. Que se pague integralmente lo debido 194
La naturaleza jurídica del pago 199
A. Posición de Arturo Valencia Zea 199
B. Posición de Roberto de Ruggiero 201
C. Posición de Héctor Lafaille 202
D. Posición de Guillermo A. Borda 203
E. Posición de Jorge Joaquín Llambías 207
F. Posición de Ernesto Clemente Wayar 211
G. Posición de Eduardo B. Busso 215
H. Nuestra posición 216

Efectos generales, secundarios y accidentales del pago 221
Jurisprudencia peruana del artículo 1220 223
Concordancias nacionales 226

Pago parcial 227
Artículo 1221 227
Fuentes nacionales del artículo 1221 227
Fuentes y concordancias extranjeras 229
Análisis 231
Jurisprudencia peruana del artículo 1221 242
Concordancias nacionales 242

Personas que pueden efectuar el pago 243
Artículo 1222 243
Fuentes nacionales del artículo 1222 243
Fuentes y concordancias extranjeras 246
Análisis 248
1. El deudor 251
2. Un tercero que tenga interés en el cumplimiento de la prestación 254
a. Tercero poseedor de inmueble hipotecado 257
b. Garante real 257
c. Adquirente de un bien que fuera donado con cargo 258
d. Otro acreedor del mismo deudor 258
e. Delegado para el pago de la deuda 258
f. Otros supuestos 259
g. El fiador 259
3. Un tercero que tenga interés indirecto en el cumplimiento de la prestación o que carezca de interés 260
A. Posición de C. Demolombe 266
B. Posición de Manuel Albaladejo 272
C. Posición de Jacques Dupichot 273
D. Posición de Jorge Joaquín Llambías 273
E. Posición de Ernesto Clemente Wayar 276
F. Posición de Raymundo M. Salvat 280
G. Posición de Ambroise Colin y Henri Capitant 282
H. Posición de Théophile Huc 282
I. Posición de Héctor Lafaille 283

J. Posición de Atilio Aníbal Alterini, Oscar José Ameal y Roberto M. López Cabana 283
K. Nuestra posición 285
1. Si el contrato lo impide 289
2. Si la naturaleza de la obligación lo impide 290
Propuesta de eventual modificación legislativa del artículo 1222 291
Fundamento 291
Jurisprudencia peruana del artículo 1222 291
Concordancias nacionales 292

Aptitud para efectuar el pago 293
Artículo 1223 293
Fuentes nacionales del artículo 1223 293
Fuentes y concordancias extranjeras 296
Análisis 297
Jurisprudencia peruana del artículo 1223 316
Concordancias nacionales 317

Personas a quienes se puede efectuar el pago 319
Artículo 1224 319
Fuentes nacionales del artículo 1224 319
Fuentes y concordancias extranjeras 321
Análisis 322
1. Pago hecho al acreedor 324
2. Pago hecho al designado por el juez 326
3. Pago hecho al designado por la ley 326
4. Pago hecho al designado por el acreedor 326
5. Pago hecho a persona no autorizada 327
5.1. Que el acreedor ratifique el pago 330
5.2. Que el acreedor no ratifique el pago y no se aproveche de él 334
5.3. Que el acreedor no ratifique el pago, pero sí se aproveche de él 334
Jurisprudencia peruana del artículo 1224 341
Concordancias nacionales 344

Pago efectuado a persona que goza verosímilmente de la calidad de acreedor. Presunciones 345

Artículo 1225 345
Fuentes nacionales del artículo 1225 345
Fuentes y concordancias extranjeras 347
Análisis 348
Propuesta de eventual modificación legislativa del artículo 1225 375
Fundamento 375
Jurisprudencia peruana del artículo 1225 375
Concordancias nacionales 377

Pago al portador de un recibo. Presunciones 379
Artículo 1226 379
Fuentes nacionales del artículo 1226 379
Fuentes y concordancias extranjeras 380
Análisis 381
Jurisprudencia peruana del artículo 1226 390
Concordancias nacionales 391

Capacidad para recibir el pago 393
Artículo 1227 393
Fuentes nacionales del artículo 1227 393
Fuentes y concordancias extranjeras 395
Análisis 396
Concordancias nacionales 405

Pago que efectúa el deudor después de notificado para no verificarlo 407
Artículo 1228 407
Fuentes nacionales del artículo 1228 407
Fuentes y concordancias extranjeras 409
Análisis 410
Jurisprudencia peruana del artículo 1228 416

Prueba del pago 419
Artículo 1229 419
Fuentes nacionales del artículo 1229 419
Fuentes y concordancias extranjeras 420
Análisis 421
Jurisprudencia peruana del artículo 1229 431

Concordancias nacionales 432

Derecho del deudor de retener el pago mientras no se le otorgue recibo 433
Artículo 1230 433
Fuentes nacionales del artículo 1230 433
Fuentes y concordancias extranjeras 435
Análisis 436
Jurisprudencia peruana del artículo 1230 447

Pago efectuado en cuotas periódicas. Recibo. Presunciones. 449
Artículo 1231 449
Fuentes nacionales del artículo 1231 449
Fuentes y concordancias extranjeras 450
Análisis 451
Jurisprudencia peruana del artículo 1231 455
Concordancias nacionales 456

Recibo de pago del capital, gastos e intereses. Presunciones 457
Artículo 1232 457
Fuentes nacionales del artículo 1232 457
Fuentes y concordancias extranjeras 459
Análisis 459
Concordancias nacionales 461

Pago con títulos valores 463
Artículo 1233 463
Fuentes nacionales del artículo 1233 463
Fuentes y concordancias extranjeras 465
Análisis 466
Jurisprudencia peruana del artículo 1233 494
Concordancias nacionales 496

Algunos aspectos sobre la contratación contemporánea. Los efectos de la inflación: el nominalismo y el valorismo 497

SECCION SEGUNDA

Efectos de las obligaciones

TITULO I

Disposiciones generales

- TRANSMISION DE LA OBLIGACION A LOS HEREDEROS. SUPUESTOS DE EXCEPCION.

Artículo 1218.- "*La obligación se trasmite a los herederos, salvo cuando es inherente a la persona, lo prohíbe la ley o se ha pactado en contrario.*"

- *Fuentes nacionales del artículo 1218.*

Dentro de la legislación colonial, y en lo referente a una forma legal determinada, podemos mencionar a la *Ley de 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 postura.**"; 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 1218 del Código Civil vigente 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*.

Sí es tratado por el *Código Civil de 1852*, artículo 1260: "Los contratantes se obligan para sí y sus herederos, a no ser que se exprese lo contrario o resulte de la naturaleza del convenio."; por el *Proyecto de Código Civil de 1890*, artículo 1408: "Las obligaciones no producen efecto, sino entre acreedor y deudor, entre éste y los sucesores de aquél y viceversa, y entre los respectivos sucesores, a quienes han sido transmitidas legalmente.- Los herederos de la persona que ha contraído una obligación, deben cumplirla en los mismos términos que el heredado."; por el *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925*, artículo 194: "La obligación cuando no es inherente a la persona del deudor se transmite a sus herederos."; por el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926*, artículo 184: "La obligación cuando no es inherente a la persona del deudor se trasmite a sus herederos."; por el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936*, artículo 1223: "La obligación cuando no es inherente a la persona se trasmite a los herederos."; y por el *Código Civil de 1936*, artículo 1232: "La obligación, cuando no es inherente a la persona, se transmite a los herederos."

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, el tema es abordado por la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973*, artículo 82: "La obligación, cuando no es inherente a la persona, se transmite a los herederos."; por el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980*, artículo 85: "La obligación se trasmite a los herederos cuando no es inherente a la persona, lo prohíbe la ley o se ha pactado en contrario."; por el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981*, artículo 1239: "La obligación se transmite a los herederos, salvo cuando es inherente a la persona, lo prohíbe la ley o se ha pactado en contrario."; y, finalmente, por el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984*, artículo 1186: "La obligación se trasmite a los herederos, salvo cuando es inherente a la persona, lo prohíbe la ley o se ha pactado en contrario."

- ***Fuentes y concordancias extranjeras***.

Coinciden con el artículo 1218 del Código Civil Peruano, entre otros, los Códigos Civiles Español (artículo 1112 -al prescribir que todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles con sujeción a las leyes, si no se hubiere pactado lo contrario-) y Brasileño (artículo 928 -al disponer que la obligación, no siendo personalísima, opera de la misma manera entre las partes, como entre sus herederos-).

- ***Análisis***.

Hay consenso en la doctrina consultada en señalar que en el Derecho Romano de los primeros tiempos, al igual que en el Derecho de otros pueblos antiguos, las obligaciones (relaciones jurídicas patrimoniales) eran absolutamente intrasmisibles, incluso en el supuesto de muerte del acreedor o del deudor; principio que resultaba lógica consecuencia de los siguientes hechos:

(1) La concepción antigua de la obligación como vínculo fundamental y esencialmente personal y formalista; siendo natural que en un Derecho donde todo estaba basado en el más estricto formalismo, la obligación no pudiera ser exigida sino por las personas que habían participado en los actos que le habían dado nacimiento o a las personas que se habían ligado por medio de ellos.

(2) Ya que la obligación era concebida como un vínculo esencialmente personal, era consecuencia de ello que se admitiese que el deudor respondía más bien con su persona que con sus bienes, y, por tanto, resultaba imposible que esta obligación personalísima, pudiera imponerse a otro distinto al obligado por el acto originario que dio lugar a su nacimiento.

(3) Los legisladores romanos no tuvieron la preocupación de facilitar la circulación de los bienes y valores, ya que al ser el pueblo romano uno fundamentalmente agrícola y ganadero, el problema de la trasmisión de las obligaciones no era preocupación para ellos.

No obstante lo señalado, la trasmisión de las obligaciones **mortis causa,** llegó a ser admitida en Roma, primero en su aspecto activo y luego en el pasivo. Para ello, el Derecho Romano recurrió a una ficción consistente en que el heredero continuaba la persona del causante y, por tanto, la obligación no dejaba de ser un vínculo esencialmente personal.

En nuestros días el principio contenido por el artículo 1218 del Código Civil Peruano de 1984, en el sentido de que la obligación se trasmite a los herederos, tanto del acreedor como del deudor, salvo las excepciones por él contempladas, es norma de carácter universal dentro de nuestra tradición jurídica.

Como enseña el profesor colombiano Arturo Valencia Zea[1], la muerte de los deudores no suele ser causal de extinción de obligaciones, pues los herederos suceden al causante en todos sus bienes y deudas; razón por la cual el heredero está obligado a cancelar las obligaciones de su causante en las mismas condiciones que aquel las había contraído. El autor citado agrega que, no obstante, el beneficio de inventario limita el alcance de aquella regla y el heredero que acepta beneficiarse sólo se obliga hasta la concurrencia de los bienes que efectivamente reciba; de lo que se deducen estas consecuencias: 1) Si el causante había contraído obligaciones, pero en el momento de su muerte no deja bienes, sus herederos no contraen obligación de pagarlas, si invocaron el beneficio de inventario; de donde se infiere que las citadas obligaciones se extinguen definitivamente; 2) Si las deudas del causante son superiores a los bienes que deja al morir, los herederos sólo están obligados a pagar deudas hasta la concurrencia de los bienes recibidos; por lo tanto, las obligaciones no se satisfacen plenamente, vale decir, se extinguen definitivamente en la parte que no se pudo satisfacer.

(1) VALENCIA ZEA, Arturo. Op. cit., Tomo III, Página 460.

En este punto de nuestro trabajo, consideramos conveniente seguir a Ernesto Clemente Wayar[2], cuando efectúa la distinción entre los conceptos de "partes", "sucesores" y "terceros", ya que resulta de utilidad para entender los alcances del artículo 1218 del Código Civil Peruano de 1984. En tal orden de ideas, se llama "partes" a aquellos sujetos (activo y pasivo) que concurren a constituir o a dar nacimiento a la relación jurídica de obligación. Por tal razón, agrega, es lógico que sean esos mismos sujetos, y no otros, los que sientan los efectos del ligamen que los une; nos recuerda que en toda obligación concurren "dos" partes (una acreedora y otra deudora), y que alguna de ellas, o ambas, puede ser pluripersonal; interesando destacar, en suma, que los efectos de la obligación recaen, en principio, únicamente sobre las partes.

Para Wayar, los derechos y los deberes de las partes se pueden transmitir a otras personas, llamadas sucesores, quienes, una vez operada la transmisión, pasan a ocupar el lugar de la parte a la cual suceden, de manera que en adelante ejercerán u observarán los derechos o deberes en nombre propio; siendo claro que los efectos de la obligación se transmiten a los sucesores de las partes. Agrega el tratadista citado que el ejemplo de sucesor es el heredero. Así, Pedro es acreedor de Juan; muerto éste, lo sucede Diego, investido de la calidad de heredero; en tal carácter, recibe la totalidad del patrimonio del fallecido, incluida la obligación, con lo cual queda convertido en deudor frente a Pedro; lo que sería un caso de sucesión universal por causa de muerte. En

(2) WAYAR, Ernesto Clemente. Op. cit., Tomo I, Páginas 195 a 197.

tanto otro ejemplo de sucesor se observa en la obligación **propter rem**: quien compra una cosa gravada viene a ser sucesor del anterior poseedor y a ocupar su lugar como deudor; en este caso, nos encontamos frente a una sucesión particular operada por un acto **inter vivos**. Wayar añade que ciertas obligaciones son intransmisibles; así ocurre, por ejemplo, con aquellas que son inherentes a la persona obligada.

Por último, anota el jurista de Jujuy, que contrapuesta a la "parte" está la figura del "tercero". Tercero es, en general, todo sujeto, necesariamente indeterminado, extraño y ajeno a una relación de obligación dada; agrega que el nombre "**Tertius**" deriva de que en los ejemplos escolásticos el sujeto activo y el sujeto pasivo de la relación eran denominados, respectivamente, "**Primus**" y "**Secundus**"; y esta simple definición, obtenida por vía negativa, no por breve deja de ser certera: si **Primus** y **Secundus** constituyen una obligación, todos quienes no intervenimos en esa relación somos terceros. Añade Wayar que, como regla general, cabe afirmar que los efectos de una obligación no pueden perjudicar ni beneficiar directamente a los terceros; es decir, sólo el acreedor y el deudor están "vinculados"; por tanto, los terceros se sitúan "fuera" de los alcances del vínculo o ligamen. Pero señala que, sin embargo, es posible hablar de cierta influencia refleja o indirecta de la relación de obligación sobre la esfera patrimonial de ciertos terceros, ya que, en efecto, no todos los terceros tienen el mismo interés jurídico respecto de la situación en que se hallan el acreedor o el deudor. Hay terceros no interesados y terceros interesados, y sobre estos últimos, la obligación deja sentir su influencia refleja. Así, si **Primus** es comprador de un inmueble, sus acreedores son terceros interesados, pues -eventualmente- podrán embargar el bien adquirido en garantía de sus créditos; del mismo modo, si **Secundus** es vendedor y, por tanto, sustrajo de su patrimonio el inmueble vendido, sus acreedores son también terceros interesados, y podrán, v. gr., obtener la revocación de la venta si logran probar que a ésta se la llevó a cabo para defraudarlos. Agrega Wayar que para ser tercero interesado es necesario estar vinculado con alguno de los sujetos de la obligación, o con su objeto, pero en virtud de una relación distinta y separada de aquella obligación, produciéndose una suerte de "enlace" entre

dos relaciones jurídicas distintas. Por último, señala Wayar que, por otra parte, el hecho de que las consecuencias directas de la obligación alcancen sólo a acreedor y deudor no significa que, en supuestos de excepción, algún tercero pueda intervenir en esa relación, situación que se presenta, por ejemplo, cuando el pago es efectuado por un tercero, o cuando se lo efectúa a un tercero.

Por nuestra parte podemos decir que el artículo 1218 del Código Civil Peruano establece un principio claro y unánimemente aceptado: la obligación, salvo cuando es inherente a la persona (**intuitu personae**), lo prohíba la ley o se haya pactado en contrario, se transmite a los herederos. Este es el principio de la transmisibilidad de las obligaciones. Sin embargo, resulta evidente que si una obligación no puede ser exigida a los herederos de un deudor, por parte del acreedor, tampoco podrá ser exigida por los herederos del acreedor a aquellos del deudor.

La obligación asumida en un contrato de mutuo -por citar un ejemplo- se transmitirá, sin duda, a los herederos del deudor, salvo estipulación en contrario. La obligación de hacer **intuitu personae**, vale decir, aquélla en que el deudor fue elegido por sus cualidades personales, no se transmitirá, por supuesto, a sus herederos[3].

---

(3) Como explica el Doctor León Barandiarán (LEON BARANDIARAN, José. Op. cit., Tomo II, Páginas 226 y 227.):
"La razón, por lo demás, para que como regla haya trasmisibilidad de las obligaciones a los herederos de los intervinientes originarios, se explica diáfanamente. Como escribe De Diego, 'la razón es que las necesidades prácticas mostraron aquí, antes que en parte alguna, los defectos inherentes a la intrasmisibilidad de las obligaciones, la imperfección del sistema se vio en la sucesión universal antes que en la singular. El hecho de que créditos y deudas no pasen a los herederos, impide toda seguridad en las relaciones jurídicas y oponen al desenvolvimiento del crédito un obstáculo insuperable, subordinando a las contingencias de la vida humana la existencia del derecho personal. La sucesión en las obligaciones a título universal significa, pues, una necesidad de urgente satisfacción en toda legislación medianamente avanzada. Mas, para llegarla a concebir técnicamente, es menester remontarse al concepto de patrimonio como un conjunto o entidad jurídica; pasando éste al heredero, en él

Continuando con nuestros comentarios sobre esta norma, queremos ilustrar las excepciones allí previstas a través de algunos ejemplos:

(a) ***Obligación no transmisible a los herederos por ser inherente a la persona.***

Sería el caso de la persona que encarga a un pintor la elaboración de un retrato suyo. Si el pintor fallece, la prestación no se transmite a sus herederos, ya que ellos no podrían cumplir con la obligación, pues ninguno tendría las mismas aptitudes y cualidades de su causante (pues no existen dos personas que tengan idénticas calificaciones artísticas). Aquí estaríamos ante una obligación naturalmente **intuitu personae.**

(b) ***Obligación no transmisible a los herederos por prohibirlo la ley.***

La ley, como fuente de las obligaciones, puede establecer

---

y con él pasan créditos y deudas como con el todo pasan las partes.'
De modo, pues, que a tenor del artículo 1232 (se refiere al Código de 1936), la obligación se trasmite **causa mortis** a los sucesores universales, activa y pasivamente, esto es, tanto en lo que refiere a los derechos del acreedor como a la responsabilidad del deudor.
Lo anterior es del efecto propio de la trasmisión hereditaria. Así como con la muerte se trasmite al heredero la propiedad y derechos que constituyen la herencia (artículo 657), así aquél ha de responder por las deudas del **de cujus**, con la limitación de que esta responsabilidad no puede exceder al importe de la herencia (artículo 658).
La trasmisión a herederos se limita a los derechos de orden patrimonial. Los de orden extrapatrimonial y los que corresponden a relaciones de familia, son intrasmisibles **causa mortis**; de la misma forma que no son trasferibles por acto **inter vivos**.
Pero si la obligación se trasmite activa y pasivamente, esto no ocurre cuando aquélla 'es inherente a la persona'. Efectivamente, hay obligaciones que son personalísimas o, como las llama Teixeira de Freitas, inherentes a las personas, las cuales de consiguiente no se trasmiten a los herederos."

esta limitación. Pero debemos distinguir en este punto dos supuestos claramente diferenciables.

En primer lugar, tenemos a las obligaciones no transmisibles por su naturaleza -traducida ésta en normas legales específicas-. Es el caso del contrato de renta vitalicia (artículo 1937), cuando se prevé:

Artículo 1937.- "Si muere la persona cuya vida se designó para el pago de la renta, se extingue ésta sin que exista obligación de devolver los bienes que sirvieron de contraprestación."

Otro ejemplo lo constituye el derecho real de usufructo (artículo 1021, inciso 4):

Artículo 1021.- "El usufructo se extingue por:

(...)

4. Muerte o renuncia del usufructuario.

(...)"

En segundo término, existen obligaciones no transmisibles exclusivamente porque la ley así lo establece, pero no por impedirlo su naturaleza. Sería el caso de los artículos 1733, 1801, inciso 3, y 1844 del Código Civil:

Artículo 1733.- "Las obligaciones y derechos que resulten del comodato no se trasmiten a los herederos del comodatario, salvo que el bien haya sido dado en comodato para una finalidad que no pueda suspenderse."

Artículo 1801.- "El mandato se extingue por:

(...)

3. Muerte, interdicción o inhabilitación del mandante o del mandatario."

Artículo 1844.- "En caso de muerte del depositante, el bien debe ser restituido a su heredero, legatario o albacea."

(c) ***Obligación no transmisible a los herederos por pacto.***

En este supuesto se encontrarán todas aquellas obligaciones no enmarcadas dentro de las dos hipótesis anteriores, pues no se tratará de aquellas inherentes a la persona ni de las prohibidas por la ley para transmitirse a los herederos. En estas circunstancias nada impide que las partes estipulen la intransmisiblidad de la obligación a los herederos del deudor, del acreedor, o de ambos.

Podría ser el caso de la obligación de pagar una suma de dinero. Esta obligación es transmisible a los herederos por excelencia; pero nada impide que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, pacten que ella no se transmitirá en caso de fallecimiento del deudor.

- ***Jurisprudencia peruana del artículo 1218.***

Sobre la transmisibilidad de las obligaciones a los herederos, tenemos numerosas Ejecutorias. En adelante, algunas de ellas:

I.- "La obligación de devolver el dinero recibido en mutuo antes del plazo convenido, si así se pactó, se transmite a los herederos porque no se trata del acto que por profesión u ocupación del directamente obligado, pueda ser ejecutado sólo por éste." Anales Judiciales, 1926, Página 168. (Artículo 1232 del Código Civil de 1936).

II.- "Las obligaciones del fiador, por su naturaleza, se transmiten a sus herederos." Revista de los Tribunales, 1935, Página 193. (Artículo 1232 del Código Civil de 1936).

III.- "Los derechos y obligaciones se asumen por sucesión o sustitución, por lo que quien asume el activo y pasivo de una empresa asume a la vez la obligación de pagar sus deudas."

Ejecutoria del 29 de noviembre de 1972. Revista de Jurisprudencia Peruana, Número 347, 1972, Página 1532. (Artículo 1232 del Código Civil de 1936).

IV.- "No es ocupante precaria la hija del inquilino que residía con él formando una unidad familiar y que a partir de su fallecimiento ha venido pagando la merced conductiva." Ejecutoria del 16 de junio de 1981. "El Peruano", 1981. (Artículo 1232 del Código Civil de 1936).

- ***Concordancias nacionales.***

Intransmisibilidad del derecho de pedir alimentos, artículo 487 del Código Civil / Ejecución de la obligación de hacer por persona distinta del deudor, artículo 1149 del Código Civil / Efectos de los contratos, artículo 1363 del Código Civil / Declaración de hacer uso del derecho; contrato en favor de tercero, artículo 1459 del Código Civil / Intransmisibilidad de la facultad de revocación o modificación; contrato en favor de tercero, artículo 1465 del Código Civil / Transmisión a los herederos de la obligación y del derecho de saneamiento, artículo 1487 del Código Civil / Intransmisibilidad de los derechos y obligaciones del comodatario a sus herederos, artículo 1733 del Código Civil / Extinción del contrato de prestación de servicios por muerte del prestador, artículo 1763 del Código Civil / Muerte del mandante o mandatario, artículos 1801, inciso 3, 1803 y 1804 del Código Civil / Responsabilidad por obligaciones sociales, artículo 52 de la Ley General de Sociedades.

- **ACCIONES QUE CORRESPONDEN AL ACREEDOR POR EFECTO DE LAS OBLIGACIONES.**

Artículo 1219.- "*Es efecto de las obligaciones autorizar al acreedor para lo siguiente*:

1. *Emplear las medidas legales a fin de que el deudor le procure aquello a que está obligado.*

2. *Procurarse la prestación o hacérsela procurar por otro, a costa del deudor.*

3. *Obtener del deudor la indemnización correspondiente.*

4. *Ejercer los derechos del deudor, sea en vía de acción o para asumir su defensa, con excepción de los que sean inherentes a la persona o cuando lo prohíba la ley. El acreedor para el ejercicio de los derechos mencionados en este inciso, no necesita recabar previamente autorización judicial, pero deberá hacer citar a su deudor en el juicio que promueva.*

   Es posible ejercitar simultáneamente los derechos previstos en este artículo, salvo los casos de los incisos 1 y 2."

- ***Fuentes nacionales del artículo 1219.***

Dentro de la legislación colonial, y en lo referente a la acción subrogatoria, tenemos a la *Ley de las Siete Partidas*, Ley 7, al medio, Título XV, Partida Quinta.

El artículo 1219 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*, regula el tema en su artículo 1265: "El que celebra un contrato, no sólo está obligado a cumplirlo, sino también a resarcir los daños que resulten directamente de la inejecución o contravención por culpa o dolo de la parte obligada."; en tanto que el *Proyecto de Código Civil de 1890*, lo hace en su artículo 1414: "La obligación presupone en el acreedor los siguientes derechos: 1° Para emplear los medios legales conducentes a que el deudor dé, haga o no haga aquello a que se ha obligado; 2° Para valerse de otro, a expensas del deudor, a fin de conseguir el resultado del inciso anterior si tal recurso es necesario; 3° Para obtener del deudor indemnización de los daños y perjuicios que cause.- El deudor tiene derecho para exigir, cuando ha cumplido exactamente su obligación, que se le declare libre de responsabilidad, y para repeler toda acción que promueva el acreedor, cuando la obligación ha sido extinguida por causa legal."

El *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925*, aborda el particular en el numeral 195: "Son efectos de las obligaciones: 1° Autorizar al acreedor para emplear los medios legales a fin de que el deudor le procure aquello a que está obligado; 2° Hacérselo procurar por otro a costa del deudor; 3° Obtener del deudor la indemnización correspondiente; 4° Ejercer todos los derechos de su deudor, con excepción de los que sean inherentes a la persona."; en tanto que el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926*, lo hace en su artículo 185: "Son efectos de las obligaciones: 1° Autorizar al acreedor para emplear los medios legales a fin de que el deudor le procure aquello a que está obligado; 2° Hacérselo procurar por otro a costa del deudor; 3° Obtener del deudor la indemnización correspondiente; 4° Ejercer los derechos de su deudor, con excepción de los que sean inherentes a la persona."; el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936*, en el artículo 1224: "Son efectos de las obligaciones: 1° Autorizar al acreedor para emplear los medios legales, a fin de que el deudor le procure aquello a que está obligado; 2° Autorizarlo para hacérselo procurar por otro a costa del deudor; 3° Autorizarlo para obtener del deudor la indemnización correspondiente; 4° Autorizarlo para ejercer los derechos de su deudor, con excepción de los que son inherentes a la persona. Para el ejercicio de los derechos mencionados en este inciso, el acreedor no necesita recabar previamente autorización judicial, pero deberá citar a su deudor en el juicio que promueva."; y el *Código Civil de 1936*, en el artículo 1233: "Son efectos de las obligaciones: 1. Autorizar al acreedor para emplear los medios legales, a fin de que el deudor le procure aquello a que está obligado; 2. Autorizarlo para hacérselo procurar por otro a costa del deudor; 3. Autorizarlo para obtener del deudor la indemnización correspondiente; 4. Autorizarlo para ejercer los derechos de su deudor, con excepción de los que son inherentes a la persona.- Para el ejercicio de los derechos mencionados en este inciso, el acreedor no necesita recabar previamente autorización judicial, pero deberá citar a su deudor en el juicio que promueva."

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, el tema es abordado por la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973*, artículo 83: "Son efectos de las obligaciones: 1. Autorizar al acreedor para emplear los medios legales, a fin de que el deudor le procure aquello a que está obligado; 2. Autorizarlo para hacérselo procurar por otro a costa del deudor; 3. Autorizarlo para obtener del deudor la indemnización correspondiente; 4. Autorizarlo para ejercer los derechos de su deudor, con excepción de los que son inherentes a la persona.- Para el ejercicio de los derechos mencionados en este inciso, el acreedor no necesita recabar previamente autorización judicial, pero deberá citar a su deudor en el juicio que promueva."; y por el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe*

Osterling Parodi, del año 1980, artículo 86: "Es efecto de las obligaciones autorizar al acreedor para lo siguiente: 1. Emplear las medidas legales a fin de que el deudor le procure aquello a que está obligado.- 2. Procurarse la prestación o hacérsela procurar por otro, a costa del deudor.- 3. Obtener del deudor la indemnización correspondiente.- 4. Ejercer los derechos del deudor, sea en vía de acción o para asumir su defensa, con excepción de los que sean inherentes a la persona o cuando lo prohíba la ley. El acreedor, para el ejercicio de los derechos mencionados en este inciso, no necesita recabar previamente autorización judicial, pero deberá citar a su deudor en el juicio que promueva.- Es posible ejercitar simultáneamente dos o más de los derechos previstos en este artículo, salvo los casos de los incisos 1) y 2)."

Posteriormente tratan el tema el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981*, artículo 1240: "Es efecto de las obligaciones autorizar al acreedor para lo siguiente: 1. Emplear las medidas legales a fin de que el deudor le procure aquello a que está obligado.- 2. Procurarse la prestación o hacérsela procurar por otro, a costa del deudor.- 3. Obtener del deudor la indemnización correspondiente.- 4. Ejercer los derechos del deudor, sea en vía de acción o para asumir su defensa, con excepción de los que sean inherentes a la persona o cuando lo prohíba la ley. El acreedor, para el ejercicio de los derechos mencionados en este inciso, no necesita recabar previamente autorización judicial, pero deberá citar a su deudor en el juicio que promueva.- Es posible ejercitar simultáneamente dos o más de los derechos previstos en este artículo, salvo los casos de los incisos 1) y 2)."; y el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984*, artículo 1187: "Es efecto de las obligaciones autorizar al acreedor para lo siguiente: 1. Emplear las medidas legales a fin de que el deudor le procure aquello a que está obligado.- 2. Procurarse la prestación o hacérsela procurar por otro, a costa del deudor.- 3. Obtener del deudor la indemnización correspondiente.- 4. Ejercer los derechos del deudor, sea en vía de acción o para asumir su defensa, con excepción de los que sean inherentes a la persona o cuando lo prohíba la ley. El acreedor para el ejercicio de los derechos mencionados en este inciso, no necesita recabar previamente autorización judicial, pero deberá hacer citar a su deudor en el juicio que promueva.- Es posible ejercitar simultáneamente los derechos previstos en este artículo, salvo los casos de los incisos 1 y 2."

- ***Fuentes y concordancias extranjeras.***

Coinciden con el artículo 1219 del Código Civil Peruano, entre otros, el Código Civil Costarricense de 1888 (artículo 693 -similar al inciso 1 del artículo 1219 del Código Peruano-), Paraguayo de 1987 (artículo 1420, literales a), b) y c) -similares a los incisos 1, 2 y 3 del artículo 1219 del Código Peruano-), Español (artículo 1111 -similar al inciso 4 del artículo 1219 del Código Peruano-), Proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones y Contratos de 1927 (artículos 91 -similar al inciso 2 del artículo 1219 del Código Peruano- y 106 -similar al inciso 4 del mismo artículo 1219 del Código Peruano-), de la República de China de 1930 (artículos 227 -similar a los incisos 1 y 3 del artículo 1219 del Código Peruano- y 242 -similar al inciso 4 del Código Peruano-) y el Código de la Provincia de Québec (artículo 1065 -similar a los incisos 2 y 3 del artículo 1219 del Código Peruano-).

En tanto, el Código de la República de China de 1930 (artículo 219) establece que cada uno ejecuta sus obligaciones y ejerce sus derechos según las reglas de la confianza recíproca.

Por su parte, el Código Helénico (artículo 288) prescribe que el deudor debe efectuar la prestación como lo exigen la buena fe y los usos admitidos en los negocios.

- ***Análisis.***

En materia de efectos de las obligaciones, el Código Civil de 1984 mantiene, en lo esencial, las disposiciones generales contenidas en el Código Civil de 1936[1].

---

(1) El Doctor Manuel Augusto Olaechea, Ponente del Libro V de dicho Código, criticaba las disposiciones que a este respecto consignaba el Código de 1852, señalando lo siguiente (COMISION REFORMA-

En relación con el precepto analizado, coincidimos con Jorge

DORA DEL CODIGO CIVIL PERUANO. Op. cit., Fascículo V, Páginas 176 a 178.):
"Confundiendo nuestro Código, como su modelo, el francés, dos órdenes de ideas distintas, ubica las disposiciones de los dos precedentes artículos al ocuparse de los efectos de los contratos. Véase los artículos 1256, 1260, 1261, 1265 y 1276 del Código Civil vigente (Olaechea se refiere, naturalmente, al Código Civil Peruano de 1852).
El artículo 195 del Anteproyecto es el resultado de la combinación de los artículos 505 y 1196 del Código argentino. El artículo concede al acreedor, en primer término, el derecho de exigir de su deudor el cumplimiento de la obligación, porque en ello reside el efecto primordial de toda obligación; y si el deudor rehusare cumplir directamente la prestación que le incumbe, autoriza al acreedor para hacerla ejecutar por otro, repitiendo su valor sobre los bienes del deudor; solución legal que asegura, subsidiariamente, el cumplimiento de la obligación sin necesidad de acudir a la violencia. Abolida en el Perú la prisión por deudas, como recurso incompatible con las libertades individuales e inoperante además desde el punto de vista práctico, la solución mediante la cual se autoriza al acreedor para procurarse la prestación a costa del deudor, cumple satisfactoriamente el fin económico de la obligación. Cabe recordar, que hasta no hace mucho tiempo regía en nuestro país esta medida coercitiva."
Hasta aquí las expresiones del Doctor Olaechea.
Como señala el Doctor Jorge Eugenio Castañeda (CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Op. cit., Tomo II, Páginas 33 y 34.), la prisión por deudas fue abolida en el Perú desde la Constitución de 1919. Puede decirse, con el citado profesor, que la indemnización de daños y perjuicios es el sustituto de la prisión por deuda, evidentemente menos eficaz, pero más acorde con el principio de equidad, ya que se trata con ella de inflingir un castigo civil al deudor. Pero cabe recordar la opinión del citado maestro sanmarquino, cuando decía que el principio general que ahora tiende a revivir es que el incumplimiento doloso de las obligaciones emergentes del contrato debe tener sanción penal; principio que había casi desaparecido dentro del exagerado individualismo que concedió a la autonomía de la voluntad un lugar preponderante en la esfera contractual; no habiendo dudas de que el contratante deberá ser castigado penalmente cuando se compruebe que la base del contrato que celebró quebrantó dolosamente el principio del otro contratante, que el contrato sólo le sirvió de instrumento para delinquir. Agrega el Doctor Castañeda que es fácil comprobar lo que expresa, dados los múltiples casos en los cuales la policía reputa delitos a una serie de eventos dañosos que antes acarreaban únicamente sanciones civiles.

Joaquín Llambías[2], cuando señala que los efectos de las obligaciones son aquellos medios por los cuales se satisface el derecho del acreedor. Principalmente consistirán en el cumplimiento de la

---

Sin embargo, por nuestra parte, consideramos que esta es una corruptela, ya que, como dice el propio Doctor Castañeda, entre el injusto civil y el injusto penal no existe más diferencia que la de grado, de intensidad, porque en ambos casos se trata de una actividad contraria al Derecho; siendo solamente razones de política jurídica, que reinan en épocas distintas, lo que hace que determinadas infracciones o incumplimientos, se sitúen en la esfera civil o penal; por lo que irán a ubicarse en el campo del Derecho Privado, infracciones que son consideradas por la mentalidad de la época como no merecedoras de una sanción penal.
A falta de cumplimiento de la obligación por el deudor, el artículo reconoce al acreedor el derecho de exigir la indemnización correspondiente. Esta solución es anormal y tiene lugar en presencia de circunstancias que excluyan el cumplimiento de la obligación.
Finalmente, el artículo concede al acreedor la facultad de hacer valer los derechos de su deudor, con excepción de los que sean inherentes a la persona. Nadie discute esta facultad sustitutoria generalmente reconocida al acreedor y dimanada del principio jurídico que establece que todos los bienes del deudor constituyen, por decirlo así, la prenda colectiva de sus obligaciones. Pero si todos los tratadistas reconocen uniformemente esta facultad concedida al acreedor, se observan profundas discrepancias cuando se pretende calificar y definir los derechos susceptibles de ejercerse por el acreedor. Se decide Castañeda a este respecto por el sencillo y razonable criterio sugerido por Baudry-Lacantinerie y Barde: Si el derecho reclamado por el acreedor se funda en un interés puramente moral, deberá considerarse ese derecho como inherente a la persona del deudor e insusceptible por lo mismo de ser ejercido por aquél; si al contrario el derecho reclamado se funda en un interés meramente pecuniario, podrá ejercerse por el acreedor, salvo cuando la ley lo prohíba; por último, si el derecho reclamado por el acreedor reconoce un doble fundamento moral y económico, debe el juez decidir, en cada caso, cuál de ambos elementos prevalece, definiendo el carácter preponderante de la relación jurídica. Todo es así cuestión de apreciación y de circunstancias.
Esta acción indirecta u oblicua, agrega el maestro Castañeda, nada tiene de común con la revocatoria o pauliana, en virtud de la cual el acreedor rescinde los actos fraudulentos practicados por el deudor en perjuicio de su derecho.

(2) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo I, Páginas 74 y siguientes.

prestación debida, y si esto fracasare, en los remedios y recursos que el ordenamiento jurídico pone a disposición del acreedor para que éste obtenga el beneficio que le reporta la obligación. Estableciendo las diferencias existentes entre los efectos de las obligaciones y los efectos de los contratos, el referido autor argentino anota que los efectos de los contratos, en cambio, consisten ya en la producción de obligaciones, lo que constituye su función típica, ya en la modificación o extinción de obligaciones existentes. Sería, pues, impropio, identificar como efectos de los contratos aquellos medios tendientes a la satisfacción del derecho del acreedor, no sólo porque respecto de ellos el contrato aparece como un antecedente indirecto, sino también porque el contrato en cuanto acto jurídico bilateral de contenido obligacional no se agota en la producción de obligaciones -a las que han de imputarse aquellas consecuencias-, sino tiene eventualmente otras virtualidades diferentes. Así, una convención liberatoria, v. gr., una transacción o una novación, que son contratos con arreglo al artículo 1137 del Código Civil, no producen los efectos propios de las obligaciones.

El mismo Llambías[3] verifica una clasificación de los efectos de las obligaciones, señalando que la más difundida los agrupa en dos categorías, principales y secundarios. Los efectos principales de la obligación conciernen, directamente, a la satisfacción del derecho del acreedor; los secundarios están encaminados a ello sólo indirectamente, pues en sí mismos, tienden a algo distinto que redunda en la mejor realización de aquellos efectos principales; por ello se denominan también auxiliares, en cuanto favorecen y facilitan la concreción de aquéllos.

Agrega el citado profesor que los efectos principales, a su vez, se distinguen en dos subcategorías: 1) efectos normales o necesarios, y 2) efectos anormales, accidentales o subsidiarios.

Los efectos normales son los que corresponden a toda obligación, según su naturaleza. Por eso se llaman también necesarios, porque no pueden faltar en cualquier obligación civil.

(3) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo I, Páginas 77 y siguientes.

Los efectos anormales no ocurren sino cuando el acreedor no puede vencer la resistencia del deudor incumpliente y tiene por ello que conformarse con un ingreso pecuniario que sea equivalente al valor constituido por la prestación no cumplida, más el daño que le ha provocado la falta de ejecución de la obligación en tiempo propio. Desde luego las obligaciones, de ordinario, se cumplen espontáneamente por el deudor. Cuando ello no ocurre y el acreedor no dispone del medio adecuado para vencer la resistencia del deudor forzándolo al cumplimiento de lo debido, sólo obtiene la satisfacción de su derecho por vía de sucedáneo, pues no logra que el proceder del deudor se conforme a su legítima expectativa. El reconocimiento del derecho del acreedor se traduce en un restablecimiento de la situación patrimonial que habría él tenido si la obligación se hubiera cumplido. Por ello, también se denominan estos efectos subsidiarios, y aun accidentales, porque el supuesto de este remedio es un accidente, o sea, un hecho eventual que altera el orden regular de las cosas.

El artículo 1219 del Código Civil Peruano de 1984 contiene reglas de importancia relevante. Allí se conjugan derechos fundamentales que concede la ley al acreedor.

Concordamos, por ello, con lo expresado por el Doctor H. Gustavo Palacio Pimentel[4], cuando señala que esta norma trata acerca de lo que en Derecho se entiende como la "protección jurídica del acreedor". El mencionado autor refiere que precisa recordar que la obligación es un vínculo jurídico o una relación jurídica que, originada en la ley o en la voluntad, vincula a dos sujetos determinados concretamente: el uno es el titular de la relación obligacional; éste es el acreedor; el otro sujeto es el pasivo, el deudor, el que lleva sobre sí la carga de la prestación. Es necesario que la ley preste la suficiente garantía o garantías con la finali-

(4) PALACIO PIMENTEL, H. Gustavo. Op. cit., Tomo II, Páginas 930 y 931.

dad de que -en lo posible- el deudor cumpla con realizar la prestación o prestaciones a que se ha obligado en favor del acreedor. En este orden de ideas, el patrimonio del obligado, o sea sus bienes presentes y futuros, inmuebles y muebles, derechos y acciones, constituyen la garantía del acreedor, es decir, que los derechos de éste recaen sobre el patrimonio del deudor, sobre la "universalidad jurídica", la cual comprende los bienes enumerados. Antiguamente el derecho de persecución del acreedor recaía sobre la persona física del deudor; hoy, en cambio, sólo recae en la existencia de su crédito: el acreedor tiene sobre los bienes de su deudor, un derecho de prenda general. De acá se desprende, como otra consecuencia, que también tiene la facultad, reconocida por la ley, de no permitir, o impedir, que el patrimonio de su deudor disminuya y, más aún, que perezca por causas imputables a tal deudor (culpa o dolo), pues todo desmedro en el patrimonio del obligado recaerá, indudablemente, en perjuicio del interés económico del titular de la obligación, en desmedro de su patrimonio. En este sentido -agrega el Doctor Palacio Pimentel-, la garantía o tutela del crédito, está asegurada por una serie de medidas, cuyo conjunto recibe el nombre de protección jurídica del acreedor[5].

---

(5) El Doctor Jorge Eugenio Castañeda (CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Op. cit., Tomo II, Páginas 211 y siguientes.) efectúa una interesante enumeración de las que él consideraba como medidas conservatorias de los derechos del acreedor, de acuerdo con la legislación vigente en su momento:
   (1) El derecho de intervenir en la quiebra de su deudor no estando aún vencido el crédito (artículos 27, inciso V, 55, 82 y siguientes de la Ley Procesal de Quiebras Número 7566, de 2 de agosto de 1932, hoy derogada). Todos los créditos contra el fallido se hacen exigibles, aunque no estuvieren vencidos.
   (2) El derecho de oponerse a la partición de los bienes del deudor (artículo 806 del Código Civil de 1936).
   (3) El derecho del acreedor a oponer la prescripción que el deudor no alega o renuncia (artículo 1152 del Código Civil de 1936). No sólo se trata de la prescripción extintiva sino de la adquisitiva, ya que en ésta es admisible la invocación por lo dispuesto en el artículo 876 del Código Civil y, además, está comprendida entre los derechos que el acreedor puede ejercitar en nombre de su deudor conforme al inciso 4 del artículo 1233 del mismo Código. Propiamente, esto importa más que una medida conservatoria, ya que supone el ejercicio de un derecho del deudor por el acreedor, aun cuando ésta es también medida conservatoria.
   (4) El derecho de pedir el discernimiento o el nombramiento del cargo de tutor o curador para su deudor incapaz (artículos 487, 489, 495 y 558 del Código Civil de 1936).
   (5) El derecho del acreedor de pedir la declaración de herederos de su deudor (artículo 1212 del Código de Procedimientos Civiles, hoy derogado).
   (6) El derecho del acreedor de pedir la división y partición del bien en que su deudor es condómino (artículo 903 del Código Civil de 1936).
   (7) El derecho del acreedor de pedir la apertura y protocolización del testamento cerrado u ológrafo de su deudor (artículo 1230 del Código de Procedimientos Civiles).
   (8) La facultad del acreedor de pedir la seguridad de la herencia (artículo 1254 del Código de Procedimientos Civiles).
   (9) El derecho de pedir la guarda de los bienes del ausente (artículo 1273 del Código de Procedimientos Civiles).
   (10) La interrupción de una prescripción, sea adquisitiva o extintiva.
   (11) La inscripción y renovación de hipotecas y otros gravámenes.
   (12) Los protestos.
   (13) La constitución en mora.
   (14) El derecho del acreedor de pedir la formación de inventarios de los bienes fincados al fallecimiento de su deudor; derecho que se apoya en lo dispuesto por el artículo 1259 del Código de Procedimientos Civiles.

No pretende la norma bajo análisis, desde luego, recoger todos los derechos que la ley concede al acreedor ante el deudor. Así, la acción revocatoria o pauliana está prevista en el Libro relativo al Acto Jurídico -artículos 195 a 200- y existen otros preceptos que franquean los medios destinados a cautelar el patrimonio del deudor -tales como la interrupción de la prescripción, la formación de inventarios, etc.-, que se encuentran diseminados en la legislación. Posteriormente, en los comentarios a este mismo artículo, trataremos sobre dichas instituciones, a fin de ilustrar en forma integral sobre los principales medios de defensa que la ley confiere al acreedor.

Ante todo cabe señalar, siguiendo a Giorgi[6], que quien goza de un derecho, goza necesariamente de la facultad de tomar las

---

(6) GIORGI, Giorgio. Op. cit., Volumen II, Páginas 229 y siguientes.

medidas suficientes para conservarlo en su integridad y eficacia primitivas, ya que de otro modo, el derecho sería ilusorio; de donde nace la facultad del acreedor de tomar medidas de conservación. De lo dicho, Giorgi concluye en que el acreedor procede a los actos conservativos, no en nombre del deudor, sino por derecho propio, y por efecto de un principio generalísimo, que se aplica tanto a los créditos como a toda otra especie de derechos, y que no se sanciona por el legislador con ninguna fórmula explícita y general. Agrega Giorgi que puede recordarse que es **ius receptum** la máxima derivada del Derecho Romano, según la cual, la fianza, la prenda, la hipoteca, y las demás garantías análogas, pueden proteger un crédito, incluso condicional; además de varias instituciones del mismo derecho, encaminadas a garantizar tales créditos, y, en general, derechos condicionales, como la **cautio mutiana**, y la **missio in possessionem** en garantía de créditos eventuales. Según el famoso tratadista italiano, sería inútil decir qué debe entenderse por medidas conservativas, ya que se entiende por tales a todo acto derivado para asegurar el ejercicio futuro de un derecho, sin constituir el ejercicio actual del mismo; siendo actos conservativos, para el acreedor, entre muchos otros: la interrupción de la prescripción; la constitución en mora; la inscripción y renovación de hipotecas, como también las anotaciones preventivas, si las hay; los protestos y reservas; la colocación y remoción de sellos; la inscripción y la demanda de separación de patrimonios; la demanda de caución; el embargo conservativo; la intervención en las divisiones que se refieren al deudor, y, en general, las intervenciones en los juicios que afectan al patrimonio del deudor, y en el ejercicio de las medidas conservativas que se tomen por otros acreedores en el patrimonio del deudor común; en materia de letras de cambio, el derecho del poseedor de exigir, en caso de falta de aceptación, la caución del portador y del librador, el derecho de oponerse al pago, oposición que varía según las diversas clases de títulos de crédito, y, sobre todo, según que sean nominativos, a la orden, o al portador, o que tengan por deudor a un particular, o bien a una institución de crédito, o al Estado; y, finalmente, el derecho de obtener el acto de reconocimiento y la renovación o el duplicado del título o documento de crédito en casos de pérdida o extravío.

Antes de entrar a analizar las diversas medidas conservativas recogidas por el Código Civil Peruano de 1984 en beneficio del acreedor, debemos decir, con Giorgi[7], que pueden ser actos conservatorios aquellos por los cuales el deudor sea perturbado en el goce de su patrimonio, habiendo enseñado Merlin a distinguir sobre este propósito, los muebles de los inmuebles. Señala Giorgi que respecto a éstos, el acto de conservación no molestará al deudor, porque la naturaleza de los inmuebles es tal, que les hace susceptibles de conservación, incluso sin despojar al deudor de su goce; pero si la providencia tiene por objeto bienes muebles, no conseguiría su propósito, si no privase al deudor del goce de los mismos; ya que de otro modo, le quedaría al deudor la posibilidad de sustraer o esconder los bienes en cuestión, no obstante la providencia adoptada por el acreedor. En opinión de Giorgi, esta observación de Merlin no debe tomarse muy a la letra, pues conviene no olvidar que hay algunas molestias simplemente temporales o indirectas, algunas restricciones del derecho de administrar, que pueden tener por objeto, incluso, las acciones y derechos que se refieren a los inmuebles, como es el caso de la demanda de caución, de comprobación de letra, la intervención en los juicios y los embargos judiciales.

En relación con las condiciones necesarias para que el acreedor pueda ejercitar las medidas de conservación, el ilustre profesor italiano precisa las siguientes:

(1) Tener un crédito potencialmente cierto e irrevocable a cargo del deudor, sea o no líquido y vencido; es suficiente con que sea a término y hasta condicional.

(2) Estar provisto del título o de la autorización requerida por la ley, según la naturaleza del acto de conservación que quiere ejercitar.

(3) Tener interés en valerse de la medida de conservación.

---

(7) GIORGI, Giorgio. Op. cit., Volumen II, Páginas 230 y 231.

Aquí conviene recordar que han existido determinados procedimientos encaminados a procurar el cumplimiento efectivo de la obligación por parte del deudor, algunos de ellos en nuestros días ya abandonados. El primero de ellos, adoptado por las antiguas legislaciones, consistía en la muerte civil. Otro procedimiento, cuya desaparición data de fecha más reciente, es el de la prisión por deudas, la misma que en ciertas legislaciones está circunscrita a las deudas alimentarias. Un tercer procedimiento abandonado es el de la multa civil, pues como dice Busso, en el orden civil tradicionalmente se ha preferido siempre la sanción de resolución, o las defensas como la **exceptio inadimpleti**, que autorizan al deudor a suspender el cumplimiento de su obligación en el caso de que el acreedor, a su vez, incurra en incumplimiento de las que están a su cargo.

Se puede añadir que otro de los medios ideados por el legislador para procurar el cumplimiento efectivo de la obligación por el deudor, es el de las "**astreintes**" -materia analizada en la Teoría General del Tomo I de este Tratado-.

A decir de Eduardo B. Busso[8], el orden jurídico de un país organiza todo un sistema tendiente a obtener compulsivamente la prestación para el caso de que el deudor omitiera el cumplimiento voluntario de la obligación, siendo el fin de la coacción, el de obrar sobre la realidad, de modo tal que el acto o la omisión violatoria sea ineficaz y el estado de hecho responda al precepto legal; es decir, que la organización a la que se ha hecho referencia, debe tender principalmente a la obtención del cumplimiento específico de la obligación, lo que se denomina su ejecución "en especie", sea actuando sobre la voluntad del deudor para que él mismo la cumpla u obteniendo la ejecución del hecho por medio de un tercero.

En el Perú, los principios a que Busso hace referencia, están contenidos en el artículo 1219 del Código Civil Peruano de 1984,

(8) BUSSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo III, Página 209.

el mismo que señala con claridad que la ley acuerda al acreedor el ejercicio de los siguientes derechos:

(1) ***El empleo de los medios legales para que el deudor le procure aquello a que se obligó***, vale decir, la ejecución forzada de la obligación, sea que se trate de una obligación de dar, de hacer o de no hacer. Como explica Beaudant, "a falta de ejecución voluntaria, el acreedor puede recurrir a la ejecución forzada por la intervención de la autoridad pública. De allí la acción o ejercicio judiciario del derecho; la acción no es otra cosa que el derecho mismo en cuanto él es ejercido judiciariamente. De allí, entre otras cosas, las vías de ejecución forzada o medios a disposición del acreedor para realizar su crédito."

La regla no se aplicará si en las obligaciones de dar la prestación hubiera desaparecido y se tratara de un bien no fungible. Tampoco tiene lugar en las obligaciones de hacer y de no hacer, cuando la ejecución forzada requiera el empleo de violencia contra la persona del deudor. Ella no tiene cabida en las obligaciones de no hacer, cuando se hubiera violado irremisiblemente la obligación y no fuese posible revertir la situación jurídica a la misma condición en que se encontraba antes de que se infrigiera.

Como señala Héctor Lafaille[9], la forma ordinaria de cumplirse la obligación es por obra del deudor mismo, quien a consecuencia de un acto de su voluntad o por imperio de la ley, debe realizar un hecho o privarse de ejecutarlo. Pero ante un incumplimiento de la obligación por parte del deudor, queda claro que ningún acreedor puede procurarse el cumplimiento o la reparación por mano propia.

Dicho acreedor dispone de los medios legales para obtener ese propósito, siendo el efecto compulsivo uno de los caracteres típicos de las obligaciones civiles. Pero, agrega Lafaille, la coerción no se ejerce de igual manera, por cuanto deben considerarse

(9) LAFAILLE, Héctor. Op. cit., Tomo VI, Volumen I, Páginas 149 y 150.

las circunstancias propias de cada especie; razón por la cual desde el Derecho Romano se distinguió entre el "**dare**" y el "**facere**".

Por su parte, Salvat[10] enseña que tanto para obtener la condena del deudor y llegar a la ejecución forzada, como para obtener el cumplimiento por un tercero y por cuenta del deudor, o conseguir indemnización, será necesaria la sentencia judicial que lo resuelva.

Sin embargo, resulta necesario recordar, en palabras del propio Salvat[11], que el deudor que desoye el emplazamiento judicial y se niega a entregar la cosa que debe dar al acreedor, puede ser desapoderado por la fuerza que el Estado mantiene organizada al servicio de la justicia. Como anota el autor citado, ninguna reserva explicaría que no se proceda así, ya que el deudor condenado y contumaz no obra de buena fe, por lo que desde este punto de vista, no debe esperar protección de la ley. Además, el deudor no es tampoco un elemento esencial para el cumplimiento de la obligación, pues como la prestación consiste en una cosa, su intervención en el cumplimiento resulta indiferente, ya que la entrega puede hacerse por un tercero. En tal orden de ideas, el deudor que se opone a la entrega es sólo un obstáculo en el cumplimiento, que la justicia salva incluso por medio de la violencia, apartando al deudor de la cosa para obtener la ejecución forzosa de la obligación. Salvat añade que la restitución del bien arrendado por medio de la fuerza pública con lanzamiento de los muebles y expulsión del arrendatario, es una aplicación corriente del empleo legítimo de la violencia en el cumplimiento de las obligaciones de dar.

En relación con este tema, Busso[12] nos dice que, dentro de las obligaciones de dar, puede tratarse de dar cosas individualmente determinadas, caso en el cual, el medio legal ha de consistir en proveer los recursos procesales destinados a obtener directamente la entrega de la cosa, lo que será siempre posible, salvo que la cosa haya perecido -perdido, en los términos del artículo 1137 del Código Civil Peruano de 1984-, o haya pasado a poder de un tercero contra quien no puedan ya ejercerse las acciones persecutorias. A decir del mismo autor, cuando se trata de la obligación de dar cosas genéricas, ellas pueden obtenerse, sea directamente del patrimonio del deudor (si existen en especie) o bien adquiriéndolas de un tercero, según la amplitud de la especie.

Respecto a las obligaciones de dar sumas de dinero, Busso expresa que el cumplimiento específico podrá obtenerse en forma fácil procediendo a la ejecución sobre depósitos o fondos que se hallen a nombre del deudor, o bien procediendo al embargo de bienes suficientes, con el fin de que su realización permita al acreedor obtener satisfacción de su crédito; habiendo, para este efecto, una responsabilidad ilimitada dentro del patrimonio del deudor. Debe hacerse notar también que la responsabilidad puede hacerse efectiva en ciertos casos sobre bienes de un tercero, mediante una garantía personal o real, cuando éste haya asumido tal responsabilidad. Agrega Busso que esa responsabilidad ilimitada tiene determinadas excepciones, en el caso de aquellos bienes que, por razones de orden moral o social, la ley determina su inembargabilidad y la imposibilidad para los acreedores de ejercer su derecho sobre ellos; se puede también derogar el principio de la responsabilidad ilimitada, de manera convencional, con respecto a un crédito determinado, a través del cual se excluyan determinados bienes del patrimonio del deudor.

Sobre este particular resultan ilustrativas las palabras de Llambías[13], cuando, al referirse a las limitaciones al cumplimiento forzado, enseña que el principio del cumplimiento específico de la obligación no es absoluto; agrega que sin duda ese modo de ejecución en especie constituye la primera prerrogativa del acreedor, interesado en que el reconocimiento de su derecho se traduzca en la efectiva concreción de la prestación esperada; pero no siempre será practicable ese cumplimiento en especie, ya porque

(10) SALVAT, Raymundo M. Op. cit., Tomo I, Página 88.
(11) SALVAT, Raymundo M. Op. cit., Tomo I, Páginas 88 y 89.
(12) BUSSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo III, Páginas 210 y siguientes.

(13) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo I, Página 83.

hayan sobrevenido modificaciones insalvables en el objeto debido, ya porque la realización forzada del hecho debido sea inescindible del ejercicio de la violencia sobre la persona del deudor que el derecho moderno no tolera.

Como hemos expresado, aquellas obligaciones cuya ejecución presenta carácter estrictamente personal, no son susceptibles de ejecutarse forzosamente. Supongamos, siguiendo a Josserand[14], que se trate de un pintor que se ha comprometido a ejecutar un cuadro, caso en el cual, ante la imposibilidad de ejecución forzosa del cumplimiento, la obligación se resolvería en una indemnización de daños y perjuicios. No obstante lo señalado, Josserand reseña dos casos en que los Tribunales Franceses han autorizado la ejecución forzosa, incluso habiendo sido necesario el empleo de violencia contra la persona del deudor. Indica el autor citado que la jurisprudencia de su país en determinado tiempo se mostró bastante favorable al empleo de este procedimiento, por lo menos para la ejecución de las obligaciones procedentes de la ley o de una sentencia judicial. Recuerda que los tribunales han admitido el recurso a la fuerza pública para sancionar la obligación que incumbe al hijo menor de residir en el domicilio paterno, y también el deber de la mujer casada, obligada a habitar con su marido, no precisamente en "la residencia del matrimonio". Pero anota Josserand que, por lo demás, los resultados obtenidos no han sido felices, ya que aparte de que el procedimiento repugna a las costumbres de nuestra tradición jurídica por su brutalidad, y de que va contra el adagio "**Nemo potest praecise cogi ad factum**", es una causa de escándalo y, sobre todo, es ineficaz, pues el hijo vagabundo o la esposa veleidosa, que no podrían ser encarcelados en el domicilio paterno o conyugal, se evadirían desde el principio, proporcionando excesivo trabajo a la gendarmería, que tendría que dedicarse a asegurar el triunfo de la autoridad paterna o de la potestad marital; todo lo que lleva a decir a Josserand, que la ejecución **manu militari** es excesiva e ineficaz a la vez.

(14) JOSSERAND, Louis. Op. cit., Tomo II, Volumen II, Página 472.

(2) ***Procurarse la prestación o hacérsela procurar por otro, a costa del deudor.***

Como dice Llambías[15], otro modo de cumplimiento específico de la obligación es el que obtiene el acreedor mediante la intervención de un tercero que satisface la prestación a cargo del deudor. En opinión del citado autor, en cuanto al carácter que tiene esta manera de concretarse la expectativa del acreedor, no duda que se trata de una mera facultad que la ley concede a dicho acreedor. Este no está precisado a requerir de un tercero lo que debe suministrarle el deudor. El recurso a la intervención de un tercero constituye un derecho del acreedor, cuya falta de ejercicio no puede serle enrostrada para empeorar su situación frente al deudor; observación que, a su entender, resta interés a la averiguación de la clase de obligaciones susceptibles de este modo de cumplimiento, pues puede no haber identidad entre el objeto debido y el que podría suministrar un tercero. Por otra parte, ante esa falta de coincidencia no podría pretender el acreedor la realización, a expensas del deudor, de un cumplimiento diferente al debido.

Cuando la prestación, en las obligaciones de dar, consiste en un bien fungible, el precepto podrá tener plena aplicación. Su vigencia, en las obligaciones de hacer, está condicionada a que la obligación no sea **intuitu personae**, esto es, que no se haya contraído atendiendo a las cualidades del deudor. En las obligaciones de no hacer, sólo se aplicará si fuera posible destruir lo ejecutado.

Eduardo B. Busso[16] expresa que está claro que ha de tratarse de obligaciones cuyo objeto pueda cumplirse mediante la actividad del tercero; razón por la cual quedarían excluidas aquellas obligaciones de hacer en que fuera necesario ejercer violencia sobre las personas, o en que solamente el deudor pueda cumplirlas. A entender del citado tratadista, el principio señalado se orienta siempre dentro de la tendencia del Derecho de Obligacio-

(15) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo II, Páginas 89 y 90.
(16) BUSSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo III, Páginas 216 y 217.

nes de procurar el cumplimiento específico de la obligación antes de acudir a la solución de los daños y perjuicios; agrega que, respecto de las obligaciones de dar, la aplicación más corriente de este principio será aquella en que se trate de cosas fungibles, las cuales pueden ser obtenidas por el acreedor de un tercero a costa del deudor; pero puede también ocurrir que se trate de cosas ciertas, que se hallen en el patrimonio de un tercero, en cuyo caso el principio también sería aplicable.

A este respecto, Raymundo M. Salvat[17] resume el cumplimiento de la obligación por medio de un tercero, dentro del siguiente campo de aplicación: a) En las obligaciones de dar, siempre que no se trate de una cosa cierta, puesto que la conserva el deudor y contra él se puede emplear la violencia para desapoderarlo o la ha destruido o transmitido válidamente a otro y existe entonces imposibilidad. En las obligaciones de género, de cantidad, de cosas fungibles o de sumas de dinero, el cumplimiento por terceros es perfectamente posible; b) Las obligaciones de hacer, pueden cumplirse por terceros cuando las cualidades del deudor no han sido especialmente tenidas en cuenta al contratar; y c) Las obligaciones de no hacer podrá ejecutarlas un tercero cuando la intervención del deudor no sea esencial para el cumplimiento de la abstención.

Por último, anota el citado autor[18] que la ejecución por un tercero presenta un carácter mixto, diferente según se le considere con relación al deudor o al acreedor. El deudor, en efecto, no cumple la obligación por sí mismo; debe solamente cargar con el costo de ella, o mejor dicho, de su cumplimiento por un tercero; bajo este aspecto, la ejecución por un tercero se asemeja a la ejecución por vía de indemnización, puesto que en ambos casos el deudor paga una suma de dinero. Pero con relación al acreedor, aspecto principal del asunto, la ejecución por tercero tiende a procurarle la cosa misma prometida, y a este título constituye una verdadera ejecución directa de la obligación.

(17) SALVAT, Raymundo M. Op. cit., Tomo I, Página 91.
(18) SALVAT, Raymundo M. Op. cit., Tomo I, Página 92.

Como señalan los profesores argentinos Alterini, Ameal y López Cabana[19], la propia naturaleza de las cosas determina que la ejecución por otro sea inconcebible en algunas hipótesis. Los citados tratadistas enseñan que tal modo de ejecución no cabe: 1) en las obligaciones de dar cosas ciertas, pues al estar determinadas desde el nacimiento de la obligación, sólo el deudor puede darlas; con la salvedad, empero, de la obligación de dar una cosa cierta fabricada "en serie", o ajena, si el dueño de esta -tercero respecto de la obligación del caso- la entrega al acreedor; 2) en las obligaciones de hacer "**intuitu personae**"; 3) en las obligaciones de no hacer, pues la abstención debida es personal del deudor. Con todo, puede intervenir un tercero si el acreedor exige que se destruya lo hecho, o que se le autorice para destruirlo a costa del deudor. Por último, expresan que en todos los demás casos el acreedor tiene derecho a obtener la ejecución por un tercero, cuestión en la que incide su interés en que hubiera habido, o no, cumplimiento del propio deudor.

Aquí debemos formular una observación adicional. El ejercicio de los derechos previstos por el inciso segundo del artículo 1219 comentado, requiere, para que el cumplimiento de la obligación sea necesariamente por cuenta del deudor, autorización judicial. Justamente por este requisito la aplicación del precepto es muy limitada. En caso contrario el acreedor, ante el incumplimiento del deudor, podrá procurarse la prestación directamente o hacérsela procurar por un tercero y exigir luego la restitución de cualquier costo adicional en vía de daños y perjuicios. En otras palabras, en este caso el acreedor no podrá tener la certidumbre de que el eventual mayor costo que demandaría el cumplimiento de la obligación vaya a ser necesariamente sufragado por el deudor, porque los daños y perjuicios estarían sujetos a las contingencias de la prueba de su existencia y de su cuantía.

Jorge Joaquín Llambías[20] coincide con lo expresado, al se-

(19) ALTERINI, Atilio Aníbal, AMEAL, Oscar José y LOPEZ CABANA, Roberto M. Op. cit., Tomo I, Página 154.
(20) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo I, Página 91.

ñalar que el acreedor no puede por su sola autoridad sustituir al deudor por un tercero en la realización de la prestación debida: para ello requiere, en principio, la autorización judicial. La razón está en que si actuara por su sola autonomía, se estaría haciendo justicia por mano propia; pero agrega que, sin embargo, en casos de urgencia, el acreedor está dispensado de la autorización judicial. Evidentemente, ésta supone un trámite que insume un cierto tiempo, incompatible con la ejecución urgente de la obligación. Si de un modo absoluto se exigiese la autorización judicial previa, se anularía, de hecho, el derecho del acreedor a lograr el cumplimiento de la obligación por intermedio de un tercero.

Alterini, Ameal y López Cabana[21] también señalan que, en principio, y toda vez que la justicia por mano propia está excluida, el acreedor debe obtener autorización judicial para hacer efectiva la ejecución por otro. Dicha autorización en la Argentina se requiere mediante un mecanismo sencillo: una audiencia, que se celebra con quienquiera de los interesados que concurra, y en la que debe producirse toda la prueba.

Sin embargo, añaden los autores citados que si promedia urgencia el acreedor está eximido de requerir tal autorización; más aún, deberá prescindir directamente de ella si, con la demora, agrava innecesariamente los daños. Es el caso de quien contrata un automóvil para que lo conduzca al aeropuerto; si el automóvil no llega a la hora indicada, antes de perder el avión debe procurar ser llevado por otro vehículo y, luego, discutir lo relativo a aquel incumplimiento.

Resulta interesante observar que estos autores indican que existen diferencias entre el caso en que se requiere autorización judicial, y aquél en el que se prescinde de ella. Aquellas se sintetizan de la siguiente manera: 1) cuando existe autorización judicial, el acreedor puede reclamar al deudor todo lo que ha invertido (reembolso), pues el juez, al darle la autorización, lo ha

(21) ALTERINI, Atilio Aníbal, AMEAL, Oscar José y LOPEZ CABANA, Roberto M. Op. cit., Tomo I, Páginas 154 y 155.

facultado a invertir hasta cierta suma que constituye el tipo de dicha pretensión. Por ejemplo, lo autorizó a hacer el tipo de dicha pretensión, y a gastar hasta 100; puede reclamar lo invertido hasta el tope de 100; 2) si no hay autorización judicial, únicamente puede pretender lo que invirtió si ello es justo (reintegro). Por ejemplo, en el mismo supuesto anterior, si gastó efectivamente 100, en el juicio contra el deudor debe acreditar que la inversión es ajustada a Derecho, es decir, que no gastó demás.

Al concluir este tema debemos recordar que el contenido de los incisos primero y segundo del artículo bajo comentario, también ha sido analizado por nosotros al tratar las obligaciones de dar, hacer y no hacer.

(3) ***Exigir el pago de una indemnización.***

Sea que se trate de un incumplimiento total o de un incumplimiento tardío, parcial o, en general, defectuoso, el acreedor que pruebe la existencia de daños y perjuicios y su cuantía tendrá derecho al pago de una indemnización, en la medida en que, como regla general, el deudor actúe dolosa o culposamente.

El tema relativo a este inciso es analizado minuciosamente al tratar sobre la inejecución de las obligaciones.

(4) ***Promover acciones subrogatorias u oblicuas.***

El acreedor, ante un deudor negligente e insolvente, tiene el derecho de ejercitar, en vía de acción o para asumir su defensa, los derechos de su deudor, con excepción de los inherentes a la persona de tal deudor o cuando lo prohíba la ley.

Varios son pues los requisitos previstos por la norma bajo análisis.

En primer término, que se trate de un deudor negligente, esto es, que el deudor no ejercite un derecho respecto del cual

puede y debe accionar o actuar para defenderse. Pero la negligencia es culpa, esto es, falta de responsabilidad para cautelar su patrimonio. Esta culpa o negligencia debe ser cierta, ya que un simple o breve retraso impediría al acreedor inmiscuirse en asuntos ajenos, o sea, en los derechos de su deudor.

Y luego es imprescindible la insolvencia del deudor, porque en caso contrario el acreedor carecería de legítimo interés para accionar o para asumir su defensa. Una acreencia asegurada por un patrimonio significativo impediría al acreedor invadir los fueros de su deudor para actuar respecto a terceros.

Los otros requisitos son los mencionados anteriormente, esto es, el impedimento que establece la ley para plantear acciones subrogatorias u oblicuas cuando se trata de asuntos inherentes al propio deudor o cuando la ley lo prohíbe.

Usualmente las acciones subrogatorias u oblicuas se promueven cuando el deudor, titular de un crédito, por negligencia y sin la capacidad de satisfacer su obligación ante el acreedor por ser insolvente, no ejercita las acciones destinadas a hacer efectiva esa acreencia con el propósito de incrementar su patrimonio. Pero siendo estos los casos comunes, no son los únicos. El acreedor podría plantear una acción reivindicatoria o una acción por lesión, por ejemplo. O, a su turno, podría tratar de evitar que un tercero cobrara una supuesta acreencia de su deudor o defenderlo en una acción reivindicatoria o por lesión, en caso que el deudor insolvente no asumiera su propia defensa.

Cuando la ley menciona los derechos inherentes a la persona, -denominados derechos personalísimos-, o cuando la propia ley prohíbe promover acciones subrogatorias u oblicuas, se refiere a las limitaciones que tiene el acreedor para alterar, en ciertos casos, la situación jurídica del patrimonio de su deudor. A un acreedor le estaría vedado -aunque se encuentre ante un deudor negligente e insolvente- enajenar o permutar los bienes de su deudor; asumir en general su administración, como por ejemplo entregar en arrendamiento un inmueble; ejercitar acciones extrapatrimoniales -una acción de filiación, por ejemplo-, aunque pudieran tener importantes consecuencias económicas; o promover acciones patrimoniales de carácter predominantemente moral, como lo sería la acción indemnizatoria resultante de una difamación; aunque la mayoría de la doctrina admite la acción subrogatoria u oblicua para exigir daños y perjuicios cuando éstos se originan por desmedro en la integridad física del deudor.

Estos derechos son inherentes a la persona y no pueden, por tanto, ser objeto de acciones subrogatorias u oblicuas.

El Código vigente, por otra parte, a diferencia de su antecedente inmediato, el Código de 1936, introduce un nuevo concepto: el acreedor tiene el derecho de asumir la defensa de los intereses de su deudor negligente e insolvente. Y esta nueva norma es lógica porque los derechos del acreedor pueden vulnerarse en una doble vía: por inacción para actuar exigiendo la restitución de un derecho o por omisión en la defensa de un derecho.

Sin embargo, en ambos casos -sea en vía de acción, sea en vía de defensa- el beneficio se convertirá en prenda común de todos los acreedores. Quien ejercita la acción subrogatoria u oblicua no cuenta con privilegios sobre el bien que hizo reingresar en el patrimonio de su deudor; en la misma medida en que tampoco tiene privilegios quien haya evitado, mediante su defensa, la salida de un bien de dicho patrimonio. Por ello la acción subrogatoria u oblicua no se ejercita frecuentemente, más aún cuando en la prelación de derechos el acreedor se encuentra relegado. Entonces, si lo hiciera, los acreedores prioritarios lograrían -como algún tratadista lo ha expresado- "que les sacaran las castañas del fuego con mano ajena."

Aunque para el caso de la acción subrogatoria u oblicua el acreedor no necesita recabar autorización judicial previa, sí estará obligado a solicitar que se cite a su deudor en el juicio que promueva. Como ha expresado Planiol, "esta formalidad es de una extrema utilidad: ella sólo permitirá dar a la decisión en que intervenga, fuerza de cosa juzgada con respecto del deudor, titular real del derecho ejercitado por sus acreedores. De no tomarse esta precaución, se chocaría con las más graves dificultades para

determinar el efecto de la acción ejercida por los acreedores." Desde luego, esta exigencia queda descartada cuando el acreedor ejercita los derechos de su deudor en vía de defensa, pues en estos casos el deudor es parte en el proceso.

Hemos sintetizado, hasta este punto, los alcances del precepto bajo análisis, esto es, del inciso cuarto del artículo 1219 del Código Civil. Ingresemos, ahora, a referirnos a doctrina autorizada sobre la materia[22].

---

(22) Consideramos de interés histórico transcribir las palabras del profesor colombiano Guillermo Ospina Fernández (OSPINA FERNANDEZ, Guillermo. Op. cit., Página 210.) acerca de la concepción de la acción oblicua en el antiguo Derecho Francés. En adelante sus expresiones: "Antiguos autores franceses, entre ellos Donau (Donellus) y Pothier, no entendieron la filosofía del sistema romano en punto a la organización de la responsabilidad patrimonial por el incumplimiento de las obligaciones. Así, ignoraron que al otorgárseles a los acreedores una especie de garantía general sobre los bienes del deudor, éste conservaba la libre administración de los bienes mientras no hiciera cesión de ellos o fuera sometido a ejecución. Pasaron por alto que la única intervención que se les autorizó a dichos acreedores en esa libre administración por el deudor se redujo, mediante la creación de la acción pauliana, a obtener la revocación de sus actos fraudulentos (**quae cum fraudis gesta erunt**) que deterioraran la garantía de los acreedores por sustraer bienes ya existentes en el patrimonio del deudor; pero que esta intervención excepcionalista no cobijaba las actuaciones simplemente culposas o las que, sin disminuir efectivamente el patrimonio del deudor, evitaran que este se hiciera más rico (**eos qui id agunt me locupletentur**). Recuérdese a este último respecto que la ley romana expresamente negó a los acreedores recursos para impugnar la renuncia del deudor a una donación o a una asignación hereditaria, precisamente por la razón apuntada; porque la garantía de los acreedores versaba sobre los bienes ya existentes del deudor, pero no sobre la expectativa de adquirir otros.
El olvido de las precitadas directrices de la organización romana llevó a los aludidos autores franceses a ver en la subrogación de los acreedores un pretendido medio nuevo que autorizaría a estos para intervenir en la administración del deudor, estuviese o no él sometido a un proceso de ejecución. Consistiría tal medio en la sustitución de cualquier acreedor en el ejercicio de cualquier acción perteneciente al deudor y que éste, por malicia o por incuria, dejase de utilizar, impidiendo así que esa acción pudiera traducirse en el ingreso a su patrimonio de nuevos derechos o bienes perseguibles por los

Los profesores franceses Philippe Malaurie y Laurent Aynés[23] señalan que la acción oblicua es el ejercicio de los "derechos y acciones" del deudor que realiza el acreedor.

Agregan los civilistas citados que cuando se ejercen los "derechos y acciones" del deudor (por ejemplo, se le da el pago del crédito que tiene contra un subdeudor), el acreedor puede hacer posesión de ellos en el patrimonio de éste. Sin embargo, cuando no se ejercen dichos derechos y acciones y si el acreedor no tenía ningún poder sobre el patrimonio del deudor, él debió esperar a que obrara el deudor. La acción oblicua tiene por objetivo precisamente el vencer la inercia del deudor. Esta acción demuestra bien que la prueba general del artículo 2093 del Código Napoléon es una verdadera garantía que confiere al acreedor las prerrogativas particulares.

Señalan además que la acción oblicua debe estar limitada, pues dicha acción produce efectivamente una intromisión del acreedor en la administración del patrimonio del deudor. Ahora bien, en el Derecho Civil, donde no hay liquidación conjunta del patrimonio, el deudor no llega a sufrir la expropiación y continúa administrando sus bienes. La acción oblicua -piensan- es un atentado contra este derecho y por lo tanto debe tener sus límites.

En opinión de los profesores de esa misma nacionalidad Starck, Roland y Boyer[24], el mecanismo de la acción oblicua llegó

---

acreedores para la satisfacción de sus créditos. Este nuevo medio así inventado se bautizó acción oblicua (**action oblique**), porque en virtud de ella los acreedores podían asumir la personería del deudor, obrando en nombre de este, para ejercer las acciones de él contra terceros.
Debido a la influencia que alcanzó el pensamiento de Pothier en la redacción del Código Civil Francés, este consagró expresamente esa acción oblicua en su artículo 1166, así: 'Todos los acreedores pueden ejercitar todos los derechos y acciones del deudor, a excepción de aquellos que están vinculados exclusivamente a su persona.'"

(23) MALAURIE, Philippe y AYNES, Laurent. Op. cit., Páginas 579 y 580.
(24) STARCK, Boris, ROLAND, Henri y BOYER, Laurent. Op. cit., Páginas 297 y siguientes.

a crear un caso de representación forzada que opera de plano: la ley otorgó al acreedor la calidad para actuar en nombre y a cuenta del deudor inactivo, quien no ha dado con este fin ninguna orden o mandato. Esta sustitución no es tan automática en Derecho Público. Si, según el artículo L. 316-5 del Código de Comunes, todo contribuyente inscrito en la nómina tiene el derecho de ejercer las acciones que la comunidad ha dejado o rechazado hacer, es en la doble condición que el Concejo había sido llamado previamente para deliberar y el Tribunal Administrativo le otorgó su autorización.

Luego dichos civilistas se preguntan ¿Por qué a esta acción se le llama oblicua? Señalan que este término, que no está en la ley, sólo tiene el valor de una imagen; con lo que quieren decir que los acreedores no actúan directamente en su nombre contra terceros, deudores de su deudor; actúan en lugar del deudor, quien normalmente habría debido hacerlo él mismo pero que deja sus derechos al abandono. Dicho de otro modo, actúan indirectamente, oblicuamente, de allí la denominación de acción indirecta o de acción oblicua, siendo la última denominación la más usual. Esto no impide que la expresión sea impropia; permite creer que estamos en presencia de una acción distinta abierta al acreedor, mientras que se trata siempre de una acción que pertenece al deudor, pero que toma el nombre de acción oblicua cuando está comprometida con el acreedor.

El profesor colombiano Guillermo Ospina Fernández[25] define a la subrogación de los acreedores como la sustitución de estos en el ejercicio o, más exactamente, en la administración de los derechos y acciones de contenido patrimonial y embargables, pertenecientes al deudor que ha hecho cesión de bienes o está sujeto a un proceso de ejecución, hasta que tales derechos y acciones sean vendidos en el respectivo proceso a terceros o a dichos acreedores, o hasta que el deudor recupere la administración, si el proceso termina por causa distinta del remate de bienes.

(25) OSPINA FERNANDEZ, Guillermo. Op. cit., Páginas 206 y siguientes.

Según el citado jurista, la subrogación de los acreedores en la forma dicha encuentra sus orígenes en el Derecho Romano, en el cual se estableció; también es romana la acción pauliana, que se efectúa para implementar los procedimientos de ejecución coactiva de las obligaciones.

Agrega que si bien es cierto que la *Lex Poetelia Papiria* (año 457 d. de C.) ya había consagrado el principio de que la responsabilidad del deudor recaía sobre sus bienes y no sobre su persona (**pecuniae creditae bona debitoris non corpus obnoxium ess**), aun en la época clásica era de uso normal la prisión privada por deudas, que implicaba para el deudor la obligación de trabajar para el acreedor o acreedores, salvo el caso de que hubiera hecho cesión de bienes en favor de éstos, lo que le evitaba dicha sanción corporal y la declaración de infamia.

Agrega Ospina Fernández que, aunque la idea de que la responsabilidad del deudor recaía sobre su patrimonio había quedado ya declarada por la *Lex Poetelia Papiria*, no fue sino mediante el edicto del pretor Plubius Rutilius (año 636 d. de C.) cuando se estableció un procedimiento para hacer efectiva en la práctica dicha idea. El mencionado edicto rutiliano introdujo la **bonorum venditio**, cuya tramitación conviene recordar por la influencia que tuvo en la redacción del Código Civil Colombiano y que determinó las diferencias entre la subrogación de los acreedores en los derechos y acciones del deudor y la institución francesa de la acción oblicua, que es una deformación del sistema romano.

La **bonorum venditio** estaba precedida de la aprehensión de los bienes del deudor (**missio in bona**), a solicitud de cualquier acreedor y en provecho de todos estos, quienes asumían la administración de tales bienes durante un corto lapso, quince a treinta días, mientras que por carteles se publicaba la separación del deudor de la administración de los bienes aprehendidos (**proscriptio bonorum**); se emplazaba a los demás posibles acreedores, y se anunciaba la subasta de dichos bienes. Vencido ese lapso, el magistrado convocaba a los acreedores que se hubiesen hecho presentes para que eligiesen un **magister** o **curator**

encargado de administrar y vender en bloque los bienes de la masa y de repartir su producto entre los acreedores.

Señala el autor colombiano que el procedimiento descrito sufrió algunas modificaciones introducidas por un senado consulto del Bajo Imperio, las cuales, en lo que interesa a nuestro tema, consistieron en dar a los acreedores la posesión, no la propiedad, de los bienes del deudor (**missio in possessionem**) durante un plazo hasta de cuatro años, en el cual esos bienes eran administrados por el **bonorum curator** nombrado por el magistrado de acuerdo con los acreedores, y quien ejercía en provecho de la masa los derechos y acciones del deudor. En esto, y nada más, consistía la subrogación legal en tales derechos y acciones. Vencido el mencionado término de la posesión de los bienes, se procedía a su venta, ya no necesariamente en bloque, como antes, sino individualmente (**distractio bonorum**).

Precisa Ospina Fernández que, por tanto, en el sistema romano, ni los acreedores conjuntamente ni, menos aún, en forma individual, fueron autorizados para ejercer los derechos y acciones del deudor, pues tal función, que presuponía la separación de éste de la administración de sus bienes (**proscriptio bonorum**) y la toma en posesión de ellos (**missio in possessionem**), era cumplida por el **curator**, en lugar del deudor desposeído.

A entender de Ospina Fernández[26], la llamada subrogación legal de los acreedores en los bienes, derechos y acciones del deudor, no implica en manera alguna una sustitución de aquellos en la titularidad misma de esos bienes, derechos y acciones, en forma tal que dichos acreedores pudiesen, por ministerio de la ley, usarlos, usufructuarlos o disponer de ellos como pudiera hacerlo el deudor; y agrega que la mencionada subrogación presupone la existencia de un proceso judicial, bien porque la cesión voluntaria de sus bienes por el deudor haya sido admitida, o bien porque los acreedores hayan iniciado proceso singular de ejecución o concurso contra dicho deudor, pues es en tales procesos donde los acreedores pueden ejercer la facultad de disponer de los bienes del deudor o de sus frutos hasta pagarse sus créditos. Expresa el citado profesor colombiano que, por consiguiente, salta a la vista que la comentada subrogación legal de los acreedores en los bienes, derechos y acciones de su deudor, queda limitada a la administración de éstos hasta la terminación del proceso respectivo, la que generalmente tiene lugar con el remate de los bienes aprehendidos, momento en el cual la administración de los bienes rematados corresponde al rematante, quien entonces ya la ejerce en nombre propio y no en el del deudor.

(26) OSPINA FERNANDEZ, Guillermo. Op. cit., Páginas 208 y siguientes.

Conviene señalar, como lo hace el Doctor Jorge Eugenio Castañeda[27], que estas denominaciones obedecen a que el acreedor no actúa en su propio nombre, sino que -en cierto modo- pasa a través del patrimonio de su deudor para alcanzar al tercero. Por oposición a la oblicua, existe la acción directa, que es la que ejercita el acreedor contra el deudor de su deudor, pero no en nombre de éste. Compartimos con Castañeda la crítica que hace a la denominación de la acción oblicua como "subrogatoria", señalando que resulta inexacta dicha denominación, porque no se trata de la sustitución de un acreedor por otro, sino que es el acreedor quien ejercita los derechos de su deudor, pero sin sustituirlo. No obstante ello, advertimos al lector que adoptamos cualquiera de las tres denominaciones que la doctrina asigna a esta acción -subrogatoria, oblicua o indirecta-, más por fuerza de la costumbre que por rigor jurídico.

A criterio del Doctor Castañeda, resulta rara la aplicación de la acción oblicua, pues, en verdad, el acreedor, en lugar de sustituirse al deudor, tiene un medio más eficaz para hacerse pago: el embargo; además de que puede ocurrir que no obstante conseguir éxito con la acción oblicua, el acreedor no pueda hacerse pago, por lo que podría decirse que el acreedor recurre a la acción oblicua, cuando nada tiene que embargar al deudor.

(27) CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Op. cit., Tomo II, Página 200.

A entender de Doménico Barbero[28], la acción subrogatoria es un derecho propio a ejercitarse en nombre propio de acuerdo con los intereses del acreedor y dentro de los límites de éste, respecto a un derecho o una acción de otro, esto es de su deudor, lo cual puede efectuarse tanto en vía judicial como extrajudicial. Si se la efectúa judicialmente, el acreedor asume el carácter de "sustituto procesal" (actor por un derecho ajeno, pero en el propio interés), y debe llamar en causa también a la persona del deudor al cual piensa subrogarse. En vía extrajudicial -caso, a la verdad, más raro-, el acreedor puede también llegar a ejercitar, a fin de impedir su extinción, el derecho real del deudor (derecho real limitado, ya que la propiedad no se extingue por el no uso). Y es de opinión que el ejercicio tanto del derecho como de la acción en subrogación, precisamente porque se lo efectúa en el propio interés y en nombre propio, pero sobre una relación del deudor, impide el cumplimiento -contra una opinión opuesta- del no uso y de la prescripción. En efecto, no se comprende por qué, si prescripción y no uso son causas de extinción de una acción o de un derecho por efecto de su no ejercicio, puedan y deban operar donde ese ejercicio es, en cambio, efectuado, aunque por un no titular, pero con propia legitimación. Es verdad -según Barbero- que el artículo 2934 del Código Civil Italiano contiene la expresión: "Cuando el titular no lo ejercite"; pero se puede pensar fácilmente (ni de la redacción resulta nada en contrario) que aquí el término "titular" no reviste un preciso valor normativo, sino que comparece solamente como sujeto lógico de la preposición, en que puede ser sustituido por un impersonal "cuando no se lo ejercite", o por la forma pasiva "cuando no era ejercitado". Si así no fuese, entre otras cosas, según el citado profesor habría esto de extraño: que el acreedor puede encontrarse con que inicia la acción en tiempo útil, sin poderla concluir útilmente por sobrevenir la prescripción o el no uso de la relación durante el proceso.

Anota Manuel Albaladejo[29] que se llama (inexactamente) acción subrogatoria a esa facultad que por disposición de la ley con-

(28) BARBERO, Doménico. Op. cit., Tomo III, Páginas 138 y 140.
(29) ALBALADEJO, Manuel. Op. cit., Volumen II. Tomo II, Página 210.

fiere al acreedor el derecho de desempeñar una función: la de ejercitar derechos o acciones que normalmente competen al titular de éstos, o sea al deudor (en tal sentido, se subroga aquél en el lugar de éste, obrando por él).

Como dice Giorgi[30], cuando el legislador prescribe que los acreedores ejerciten tales derechos y acciones, para la obtención de lo que se les debe, ello puede tener un doble objeto: o conseguir el pago, apropiándose directamente del derecho o de la acción ejercitada, o conseguir una garantía o un medio de pago, ingresando el producto en el patrimonio del deudor para venderlo más tarde, o apropiárselo. El primero es un procedimiento de ejecución. El segundo de conservación, y se trata de providencias conservativas que el acreedor toma **ex iuribus** de su deudor, en nombre y representación suya, reparando a la negligencia imprevista o maliciosa del mismo, pero también en su propio interés, para conservar el patrimonio del deudor, en cuanto es garantía de su crédito y medio de pago.

En lo referente a la representación que ostenta el acreedor cuando ejercita un derecho de su deudor, considera Giorgi que es la de quien ejercita por su cuenta e interés una acción ajena, es decir, de **procurator in rem suam**; mandatario del deudor, porque ejercita un derecho no suyo, sino del deudor, y, por consiguiente, desde este punto de vista, sería un causahabiente del deudor, y no un tercero. A entender del citado autor italiano, sería actor en su interés personal, porque no se preocupa por la ventaja del deudor, sino solamente de la suya, que consiste en conseguir pronto o tarde, el pago de su crédito; razón por la cual, su interés es un extremo esencial de la facultad que quiere ejercitar y un criterio para determinar sus efectos[31].

(30) GIORGI, Giorgio. Op. cit., Volumen II, Páginas 238 y siguientes.
(31) Resultan de sumo interés las apreciaciones de Giorgi (GIORGI, Giorgio. Op. cit., Volumen II, Páginas 240 y siguientes.) en relación a la evolución histórica, en la doctrina de nuestra tradición jurídica, sobre de la función del acreedor en los actos conservatorios. En adelante, las palabras del maestro italiano:
"La escuela antigua de los tratadistas, sacando sus convicciones de

Creemos que resulta evidente que las acciones conservativas del acreedor deberán recaer sobre los derechos de índole patrimonial del deudor; ya que, como dice Giorgi, no sería de ninguna utilidad para el acreedor -ni estaría autorizado a hacerlo-, el ejercitar en nombre del deudor derechos como la patria potestad, de la ciudadanía o políticos, vale decir, aquellos derechos que no

---

las fuentes seguras de la práctica y de la experiencia, distingue lúcidamente el doble objeto inmediato del acreedor. Cuando De Olea examinó, **Creditor, an pro suo interesse possit uti sine cessione remediis, iuribus, et exceptionibus debitori suo competentibus**, imaginó el caso de un acreedor que experimenta un derecho de su deudor, no para apropiárselo inmediatamente, sino para ingresar su producto en el patrimonio del deudor. En verdad, al proponerse esta cuestión, De Olea indagó si el acreedor podía intentar el remedio de la lesión en nombre del deudor; insinuar la donación hecha a su deudor; pagar el canon enfitéutico incluso **invito domino, ne debitor suus incidat in commissum**; oponer en nombre de su deudor silencioso la **exceptio non numeratae pecuniae**; por último, ejercitar en vez del mismo, el pacto comisorio; hipótesis todas en que si el acreedor obraba en su propio interés, para conservar o acrecentar el patrimonio, que ha de servir alguna vez para pagarle, no se puede concebir, por otra parte, la recaudación inmediata del crédito, como consecuencia directa de su procedimiento.

Cuando, por el contrario, el citado autor pasó a resolver, **Creditor, an pos sit convenire debitorem debitoris sui absque cessione**, consideraba el caso del cobro inmediato, porque indicó principalmente, cuándo y con qué medios el acreedor podía obligar al deudor de su deudor a pagar en sus manos.

Esto, en cuanto a la primera distinción propuesta por nosotros.

De la otra distinción entre las diferentes especies de derechos, respecto al tercero contra quien se ejercitaban, también tuvieron los antiguos prácticos la debida cuenta. No fue, en verdad, asunto de una división sistemática y clara como la precedente, pero basta recorrer las resoluciones que dieron a los casos particulares para convencerse de que no se olvidó nunca.

Finalmente, sobre la representación jurídica del acreedor que obra **ex iuribus** de su deudor, estuvieron los prácticos mismos en algún desacuerdo. Por donde no se puede decir que existiese en el derecho común una teoría cierta y acreditada sobre este punto.

La moderna escuela belga y francesa (si merecen este nombre las respetables, pero discordes opiniones de los insignes comentaristas del Código Napoléon) olvida enteramente la segunda distinción. Combate, salvo poquísimos autores, la primera, y está poco dis-

conciernen al patrimonio, sino a la condición personal, familiar, civil o política del deudor. Adicionalmente, cabe reiterar que éstos son derechos conocidos con el nombre de personalísimos, razón por la cual, el ejercicio de su defensa es potestad del deudor. Demás está decir que el acreedor no tendría generalmente interés alguno en hacerlo, en el hipotético y negado caso que se pudie-

---

puesta a ver en el acreedor que obra **ex iuribus** del deudor un **procurator in rem suam**.

Para comenzar desde este punto, en efecto, mientras sólo se puede citar a Proudhon, Massé y Vergé y Demolombe, que reconocen en el acreedor la cualidad de **procurator in rem propriam**, son numerosos los autores que la combaten o la desconocen.

Accollas recuerda con no disimulado asombro, la doctrina que resucita el **procurator in rem suam**, pero si podemos hablar con libertad en todo esto, no hay otra cosa de asombroso que el asombro del insigne escritor. Nació, es cierto, el **procurator in rem suam** para servir a las necesidades del procedimiento romano y en este sentido no tiene razón de existir; pero vive aún como criterio jurídico para determinar las condiciones y los efectos civiles del ejercicio del derecho ajeno en interés propio. En tal aspecto, el carácter del **procurator in rem suam**, es tanto hoy, como en la antiguedad, la representación jurídica de todo el que ejercite por cualesquiera razón en interés propio un derecho ajeno.

Larombiére y Colmet de Santerre, no parecen ver en el acreedor que obra **ex iuribus** del deudor, nada más que el mandatario del deudor mismo. Olvidan, por lo demás, que el mandatario común obra en interés del mandante y no en el suyo propio.

Labbé, Aubry y Rau y Laurent, son de distinto parecer y niegan al acreedor la cualidad de mandatario fundándose sobre algunas palabras escapadas a Bigot-Préameneu en la relación acerca del proyecto del Código Francés. Y dicen que el acreedor ejercita un derecho del deudor como ejercitaría su derecho: sin mandato legal o convencional. Pero este concepto suyo, ¿cómo se concilia con el principio enseñado por los mismos autores, según el cual el acreedor obra **ex iuribus** del deudor? ¿con el de que el tercero puede oponer al acreedor los medios de defensa oponibles al deudor, y no los que podrían oponerse al mismo acreedor si obrase **iure proprio**?

En cuanto a la obligación de que el mandatario no puede hacer nada contra la voluntad del mandante, allí donde el acreedor obra a pesar del deudor, es fácil de contestar que este principio es verdadero en el mandato convencional, pero no en el legal.

Descuidadas, pues, ocupándonos de los otros dos puntos, están casi enteramente ambas distinciones propuestas por nosotros, por-

ran ejercer, ya que es evidente que por esta vía no conseguiría el cobro de la deuda que tiene el deudor respecto a él.

Sin embargo, cabría señalar que Giorgi hace mención de una especie de derechos, que se encuentran en lo que podríamos denominar un punto límite entre los dos derechos de los que hemos venido hablando, vale decir, los derechos patrimoniales y los

---

que mientras ningún autor ha sabido distinguir la diversa especie de derecho y acción en las relaciones entre el deudor y el tercero, Aubry y Rau, son quizás los únicos que se hayan atrevido a distinguir con claridad el doble objeto que puede impulsar según los casos al acreedor, para ejercitar el derecho a la acción del deudor.
Y es extraño que casi todos los escritores modernos se aventuren a resolver resueltamente los problemas más arduos que en esta materia atormentan a la ciencia, sin tener en cuenta aquellas distinciones que inevitablemente producen consecuencias muy diversas. Querer determinar las condiciones y efectos de la acción subrogatoria, sin tener en cuenta el distinto fin que mueve al acreedor, como también de la naturaleza distinta de los derechos ejercitados, es obra yana, como sería, para decirlo con el antiguo Sabio, la del que quisiese llenar el tonel de las Danaides, que vierte tanto cuanto se le echa.
Dejemos la diversa naturaleza de los derechos ejercidos, puesto que, no pudiendo dejar de producir efectos diversos y de requerir diversas condiciones cuando tales derechos se ejerciten por el deudor mismo, tampoco puede no producir dicha diversidad, cuando se ejercitan por el acreedor en nombre y en lugar del deudor. Detengámonos un momento sobre la diversidad del objeto que el acreedor se propone, ya que en la locución indistinta de la ley para la consecución de lo que se le debe, está comprendida igualmente la cobranza del crédito, como efecto inmediato o directo y, la cobranza, como consecuencia mediata e indirecta, mediante la garantía de pago que, entre tanto, se quiere recuperar o conservar. Es decir, la locución de la ley abraza, tanto el caso en que el acreedor pide que se ponga inmediatamente en sus manos el producto de la acción ejercitada, cuanto aquel en que trata de conservar un derecho para ingresarlo en el patrimonio del deudor, patrimonio que más o menos tarde servirá para el pago del crédito.
Por consiguiente, el que quiera excluir uno ú otro de estos efectos, va contra el texto de la ley y asume la obligación de una demostración que pruebe la interpretación restrictiva que pretende adoptar. Pero, en verdad, ninguno ha acabado nunca esta demostración; más aún, podemos decir que ninguno la ha intentado nunca.
Ni siquiera los autores que ven en el artículo 1234 una mera providencia de conservación, niegan al acreedor la facultad de obrar con-

derechos estrictamente personales. Como dice Giorgi, puede ocurrir que un derecho o una acción, no tomen directamente como punto de vista el patrimonio, o no se refieran directamente al patrimonio, pero que indirectamente se relacionen con un interés patrimonial; son de tal naturaleza, especialmente, las cuestiones de estado, que los romanos llamaron **praeiudicia**, precisamente porque una vez determinado el estado de una persona, esta determinación prejuzga, porque les sirve de base, todas las cuestiones de algún modo dependientes del estado mismo, de las cuales la

---

tra el deudor de su deudor, y de demandar que se le condene a pagar en sus manos hasta la equivalencia de su crédito; principio, por lo demás, sin discusión en la jurisprudencia.
Además, si los artículos 611 y 619 del Código de procedimiento civil, conceden al acreedor la facultad de pignorar y hacerse asignar en pago los créditos de su deudor, con mayor razón deberá permitirse al acreedor conseguir este resultado con la vía menos odiosa del procedimiento ordinario, que le será mucho más oportuna cuando no pueda proceder ejecutivamente.
Mucho menos puede negarse al acreedor la facultad de obrar con objeto de conservar o hacer entrar el producto de la acción en el patrimonio del deudor. El artículo 1565 de nuestro Código Civil, concede a los acreedores del enfiteuta el derecho de intervenir en el juicio de caducidad para conservar sus derechos, valiéndose al efecto hasta del derecho de liberación correspondiente al enfiteuta. El artículo 924 del Código de procedimiento civil, les concede la facultad del embargo conservativo de las sumas debidas al deudor. Estos artículos declaran y completan el artículo 1234. Demuestran que no sólo el objeto de exigir, sino también el de conservar los derechos del deudor, se comprende en la facultad de experimentar los derechos y acciones suyos. ¿Qué más? El artículo 715 del citado Código de procedimiento contiene claramente la distinción de este objeto doble. Al disponer el derecho del acreedor de intervenir en las graduaciones que interesan a su deudor, dice que tal derecho le corresponde ya para hacer valer y conservar los derechos de su deudor, ya para recibir la suma que corresponda al mismo.
Yerran, pues, Larombiére y Proudhon, que no ven en la facultad de ejercitar los derechos y acciones del deudor más que una providencia meramente conservativa **ex iuribus** del deudor. Yerran Labbé, Demolombe y cuantos con ellos ven sólo una providencia dirigida al cobro inmediato. Yerra, y a nuestro parecer se contradice, Laurent cuando la califica como un procedimiento de cobro y al mismo tiempo reduce su efecto únicamente a hacer entrar el provecho de la acción ejercitada en el patrimonio del deudor."

mayoría son de índole patrimonial; como por ejemplo: petición de herencia, determinación de la legítima, validez de donación, capacidad de obligarse para el contrato; y se puede decir lo mismo de las acciones que tienen por objeto determinar la cualidad de una persona, v. gr., si alguno es legatario, heredero, mandatario o donatario; se pregunta Giorgi, por consiguiente, si este interés pecuniario, puramente indirecto, es suficiente para que se considere patrimonial el derecho o la acción a que se refiere; así, para los efectos de lo que razonamos, puede decirse que tal derecho está **in bonis** del deudor.

Precisa el mencionado autor que necesita distinguirse: si la cuestión de estado o de cualidad personal y otro tanto puede decirse de toda acción, que no tenga por materia ningún interés patrimonial, quisiera promoverla el acreedor, no siendo aún conocido el interés patrimonial, a que serviría de base, la respuesta negativa no parece dudosa, y se admite generalmente en la doctrina y en la jurisprudencia; mientras que si, por el contrario, ya ha surgido aquel interés, o como suele decirse, se ha hecho actual, el acreedor puede deducir el derecho o la acción, si no encuentra otros obstáculos. Giorgi señala como ejemplo el caso de que el derecho o la acción, considerados separadamente, no pareciesen patrimoniales, se dedujeran incidentalmente en un juicio de índole patrimonial; hipótesis en la cual, la duda cambiaría de aspecto, porque habría que ver si el derecho o la acción eran exclusivamente inherentes a la persona del deudor, lo que, tratándose, sobre todo, de cuestiones de estado, no carece de dificultades.

Sin embargo, no todos los autores concuerdan en sostener que la acción indirecta u oblicua es un medio conservativo del patrimonio del deudor. En nuestro país, el Doctor Jorge Eugenio Castañeda[32] señala que esta acción no es estrictamente una medida conservatoria, desde que no tiende a asegurar el mantenimiento de la situación en que se encuentra el patrimonio del deudor; señala que no es tampoco una ejecución, pero puede llegar a serlo.

(32) CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Op. cit., Tomo II, Página 201.

Además, Castañeda expresa que la acción subrogatoria es una acción de integración patrimonial, por la cual el patrimonio del deudor es aumentado con bienes o derechos que no se encontraban dentro de él, pero los cuales debían encontrarse; al lado de la cual existe la acción revocatoria o pauliana -de la que trataremos posteriormente-, la que viene a ser una acción de reconstitución patrimonial, desde que con la misma se consigue que regresen al patrimonio del deudor bienes o derechos que habían salido indebidamente. Agrega Castañeda que ambas acciones tienen de común la defensa del patrimonio del deudor, que constituye la prenda general de todos sus acreedores. Según el Doctor Castañeda, se pretende con la subrogatoria que ingrese al patrimonio del deudor cierto número de valores que éste había descuidado recobrar; es natural que estos valores puedan después ser embargados por el acreedor y sirvan para con su precio pagarle su crédito.

A entender de Manuel Albaladejo[33] , en fin, los requisitos para el planteamiento de la acción subrogatoria u oblicua son los siguientes:

(a) Que el crédito (contra el deudor en cuyo supuesto se subroga el acreedor) sea exigible.

Sustentando este requisito, el citado autor sostiene lo siguiente: "Según la opinión aislada de algún autor, esto no es preciso (y, por tanto, podría utilizar la subrogación incluso el acreedor bajo condición suspensiva o a término inicial). Pero sin necesidad de entrar en más razonamientos, baste decir en defensa de la mía el texto de la ley; 'Los acreedores - dice el artículo 1111-, despues de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor, ... pueden ejercitar todos los derechos y acciones de éste'. Y tal persecución no es posible sin la exigibilidad del crédito que la provoca."

(33) ALBALADEJO, Manuel. Op. cit., Volumen II, Tomo II, Páginas 211 y siguientes.

Puede no darse persecución efectiva, cuando no haya bienes que perseguir. Pero ello no releva de que, de haberlos habido, el crédito hubiese tenido que ser exigible para permitir perseguirlos.

(b) Que el derecho o acción de cuyo ejercicio por subrogación se trata, se halle descuidado, o, en general, sea susceptible de una utilización más provechosa que la que realice el deudor.

Albaladejo señala que se puede decir que la acción subrogatoria es un remedio para el daño causado por la pasividad del deudor, mientras que la revocatoria lo es para el ocasionado por su actividad (al realizar actos dañosos, que hay que revocar).

(c) Que la falta de ejercicio (o el ejercicio inadecuado) del mismo perjudique al acreedor.

Este perjuicio, en opinión de Albaladejo, requiere que el deudor no esté en posesión de otros bienes que no hayan sido perseguidos y sean suficientes para que aquél pueda satisfacer su crédito, pues, de estarlo, pudiendo cobrarse el acreedor sobre ellos, no le perjudica la mencionada falta de ejercicio. La acción subrogatoria es, pues, un remedio subsidiario.

Continuando con nuestros comentarios al artículo 1219 del Código Civil, debemos mencionar que en virtud de lo establecido por su último párrafo, es posible ejercitar simultáneamente los derechos previstos por el precepto, salvo los casos de los incisios 1 y 2.

El sentido de la norma es que los incisos 1, 3 y 4 no son excluyentes entre sí, sino que más bien podrían considerarse como complementarios. Lo propio puede decirse respecto a los incisos 2, 3 y 4. En cambio, los supuestos de los incisos 1 y 2 sí resultan excluyentes, ya que sería absurdo que el acreedor tuviese -a la vez- el derecho de emplear las medidas legales a fin de

que el deudor le procure aquello a que está obligado y que intente procurarse la prestación o hacérsela procurar por otro, a costa del deudor.

Conviene en esta instancia de la obra, tal como antes lo dijimos, tratar sobre las más importantes instituciones destinadas a cautelar los derechos del acreedor.

Analizaremos, en primer término, uno de los medios conservativos más importantes de los derechos del acreedor, previstos por el Código Civil Peruano de 1984: la acción revocatoria o pauliana, propia del fraude del acto jurídico.

(1) *Acción revocatoria o pauliana.*

Los profesores franceses Stark, Roland y Boyer[34] hacen un interesante recuento histórico del fraude pauliano. Refieren que el origen de esta acción se encuentra en el Derecho Romano. Con las reformas del pretor que autorizaban la ejecución sobre los bienes, el patrimonio del deudor responde a sus compromisos y los acreedores tienen interés en su conservación. Por su lado, el deudor insolvente, que no se atreve a la muerte o venta como esclavo, y que es dejado en libertad, estará tentado a disponer de sus bienes antes de que sean embargados, gratificando a sus amigos, realizando y ocultando el producto de sus ventas, reemplazando su importe muy visiblemente mediante valores cómodamente encubiertos.

Agregan que en la época clásica el fraude a los acreedores se reprimía mediante dos medios revocatorios, la **restitutio in integrum**, intentada por el curador al patrimonio dentro del marco del procedimiento colectivo de liquidación de los bienes del insolvente (**venditio bonorum**), que completaba la prohibición fraudulenta abierta a los acreedores **ut singuli** permitiendo alcan-

(34) STARCK, Boris, ROLAND, Henri y BOYER, Laurent. Op. cit., Páginas 327 y siguientes.

zar comportamientos fraudulentos (bienes remitidos a terceros, valores colocados a escondidas...).

Señalan también que Justiniano debía unificar el régimen de la **fraus creditorum**, creando la acción pauliana destinada a reemplazar las vías de los recursos existentes, inspirándose probablemente en la evolución registrada después de la época clásica. Se ignora el origen del calificativo que designa la acción revocatoria. ¿Tendría esta acción por padre un pretor, cierto personaje llamado Paulus cuyo nombre extrañamente no figura más que en el único texto que es de Paul (D. 22.1.38.4)? La acción era un incidente del procedimiento de liquidación colectiva reacondicionada pero siempre en vigor; el **curator bonorum,** a la cabeza de la masa de acreedores, tiene como misión proceder a la liquidación del patrimonio del insolvente, procediendo a la **distractio bonorum**. Si, después de esta venta que se produce al detalle y no en bloque como la **venditio** clásica, los acreedores no están desinteresados, el curador podrá comprometer el procedimiento de rescisión de los actos fraudulentos. El régimen de la acción pauliana de la época bizantina es muy cercana a la que nosotros conocemos hoy en día: emprobrecimiento, **eventus damni, consilum fraudis**, distinción de los compradores y subcompradores de buena o de mala fe, a título oneroso o a título gratuito...

Refieren que en el Derecho antiguo la acción pauliana se utilizó muy poco, a tal punto que Pothier no habla de ella. La mayoría de los acreedores tenían un título notariado que confería **ipso jure** una hipoteca legal sobre los bienes del deudor cuyo derecho seguidamente dispensaba el recurrir a la revocación. La hipoteca de los actos notariales se suprimió por la revolución y la acción pauliana vuelve a encontrar su lugar. El Código Civil Francés la consagra muy brevemente en el artículo 1167. La jurisprudencia calcó su régimen de los textos del Digesto.

Y, por último, enseñan que en el derecho positivo, la finalidad de la acción pauliana no ha cambiado; su meta es siempre proteger a los acreedores contra los actos realizados por su deudor insolvente en fraude de sus derechos. Los acreedores son

prevenidos contra las maniobras que traen consigo la disminución de su fianza a beneficio de terceros contratantes. Por ejemplo, el deudor otorga alguno de sus bienes o los vende a bajo precio, mas generalmente pasa actos cuyo efecto es reemplazar muebles o inmuebles expuestos a embargos por sumas de dinero o de valores cómodamente encubiertos o por bienes que la ley declara inembargables. Así una parte del activo que los acreedores podían aprehender escapa a toda prosecución de su parte.

A decir de Doménico Barbero[35], cuando el deudor, en vez de limitarse a descuidar el ejercicio de sus derechos y la tutela de sus razones (presupuesto de la "subrogatoria"), se dedica positivamente a perder sus activos patrimoniales con perjuicio de los acreedores, se les da a éstos la "revocatoria": acción llamada también "pauliana", consistente en el poder atribuido al acreedor de hacer declarar ineficaces en relación a él ciertos actos de disposición sobre el patrimonio del deudor que irroguen perjuicio a sus derechos y hasta la concurrencia de esos mismos derechos.

Como señala Luis María Rezzónico[36], cuando el deudor enajena sus bienes o en alguna forma disminuye su patrimonio, sustrayéndolo a la ejecución de sus acreedores, sea que obre sin ánimo de perjudicarles, pero conociendo o debiendo conocer su propia insolvencia y los perjuicios que les causa, sea que en actos a título oneroso obre francamente con el propósito de eludir el pago de sus deudas y dejar sin garantía a sus acreedores, la ley confiere a éstos el medio de hacer revocar, es decir, anular, esterilizar, aquellos actos de enajenación. Ese medio es la acción revocatoria, pauliana o de fraude; según se anotó anteriormente esta acción se remonta al Derecho Romano y -de acuerdo con Rezzónico- fue introducida por el pretor Paulus, no el famoso jurisconsulto, sino un pretor, para reprimir el fraude a los acreedores (por donde también su denominación de acción de fraude), para obtener el fin y el efecto de revocar ese acto (por lo cual se

---

(35) BARBERO, Doménico. Op. cit., Tomo III, Página 142.
(36) REZZONICO, Luis María. Op. cit., Volumen I, Páginas 304 y siguientes.

la llama también "revocatoria"); siendo sus caracteres, en general, los mismos con que la instituye el Derecho moderno.

Para el profesor colombiano Guillermo Ospina Fernández[37], la acción pauliana es un medio que la ley les otorga a los acreedores para obtener la reconstitución del patrimonio del deudor, deteriorado por actos fraudulentos de éste con perjuicio de los créditos de aquellos.

Anota también que visto está que los bienes presentes y futuros del deudor, excepto los que la ley declara inembargables, están afectos al pago de las obligaciones de dicho deudor, en forma tal que los acreedores pueden obtener la aprehensión de esos bienes y su venta para ser satisfechos en sus créditos, totalmente si el producto de la venta es suficiente, o a prorrata si no lo es.

Pero -agrega Ospina Fernández-, esta garantía genérica o "prenda común" de los acreedores no priva al deudor de la libre administración de sus bienes, mientras no haga cesión de ellos (concurso voluntario), o mientras no sea concursado por sus acreedores (concurso forzoso), o declarado en quiebra si es comerciante. De donde se colige que si esta administración del deudor se hace fraudulenta, los acreedores que han depositado su confianza en éste pueden resultar lesionados cuando los actos celebrados por él lo coloquen en estado de insolvencia, o sea en situación de que sus bienes ya no alcancen a cubrir sus deudas, o que agraven tal estado de insolvencia. Frente a esta circunstancia la ley les otorga a los acreedores la acción pauliana, que se endereza precisamente a obtener la revocación de los actos realizados por el deudor en fraude a sus acreedores.

La acción revocatoria o pauliana es personal, ya que el acreedor que la ejerce invocará para tal efecto un derecho personal, es decir, un crédito.

(37) OSPINA FERNANDEZ, Guillermo. Op. cit., Páginas 180 y siguientes.

Resulta necesario establecer cuál es el fundamento de la naturaleza de esta acción. Para tal efecto, seguiremos a Rezzónico[38]. Nos dice este tratadista que en el Derecho Romano se le atribuyó un fundamento y carácter penal, de sanción y castigo al deudor de mala fe.

Juristas como Laurent, Planiol y Ripert y Josserand la consideran como una "acción de nulidad", un caso especial de nulidad de los actos jurídicos.

Otros juristas, como Demogue, la juzgan como una "acción de resarcimiento", y le atribuyen el carácter de "remedio de indemnización" conferido al acreedor damnificado contra el deudor y su cómplice, que "con abuso del derecho" le causaron el perjuicio.

Nos dice Rezzónico que, según Lafaille, y el profesor del Paraguay De Gásperi, se trata de "un remedio peculiar" que limita los derechos del deudor sobre su patrimonio, distinto de los demás instituidos por el legislador en defensa de la buena fe que debe imperar en el comercio jurídico, y una nueva medida de protección de la "prenda común" de los acreedores, otorgada a estos últimos.

Por otra parte, Aubry y Rau, Demolombe, Huc y otros, encuentran el fundamento de la acción revocatoria en la necesaria reprobación de un acto ilícito.

Señala Rezzónico que en el Derecho Argentino, el alcance de esta acción (al contrario de lo que ocurre con la subrogatoria que pone en ejercicio, invoca y pretende hacer efectiva la totalidad de determinado derecho del deudor, y beneficia o aprovecha a todos los acreedores del mismo deudor) está determinado por el importe del crédito del acreedor que la gestiona, y su triunfo sólo aprovecha o beneficia a ese acreedor que obtiene la revoca-

(38) REZZONICO, Luis María. Op. cit., Volumen I, Páginas 307 y siguientes.

ción del acto del deudor; prevaleciendo también aquí el principio de que "el interés es la medida del derecho y de la acción correlativa."

A entender del citado profesor argentino, la enajenación sería perfectamente válida si no vulnerara los derechos del acreedor que hace valer la acción. Por ello la nulidad se declara sólo en la medida necesaria para dar satisfacción a los derechos de ese acreedor; no ocurre lo mismo en el Derecho Francés, donde la extensión de la revocación es debatida y se han formado tres sistemas: a) uno, sostenido por Aubry y Rau, Demolombe, Baudry-Lacantinerie y Planiol, según el cual la nulidad del acto aprovecha únicamente a los acreedores accionantes (como en el Código Argentino); b) otro, preconizado por Laurent, Marcadé y Duranton, declara que la nulidad del acto aprovecha a todos los acreedores del deudor común, sean anteriores o posteriores al acto revocado; c) otro, defendido por Larombière, resuelve que la nulidad del acto aprovecha a todos los acreedores de fecha anterior al acto del deudor, pero no a los de fecha posterior.

Esta opinión es compartida por el profesor colombiano Guillermo Ospina Fernández[39], quien señala como una de las condiciones de la acción pauliana el perjuicio a los acreedores. Mientras el deudor sea solvente, y lo es en tanto sus bienes embargables sean bastantes para responder de sus deudas, los acreedores no están legitimados para interferir la libre administración que aquél tiene sobre su patrimonio ni para impugnar los actos realizados en ejercicio de aquélla, aunque tales actos efectivamente impliquen una disminución patrimonial, pero sin rebasar los límites de la solvencia. En tales circunstancias, los acreedores carecen de interés y es sabido que sin interés no hay acción; señala que lo propio se proclama de los actos del deudor relativos a sus bienes inembargables, porque éstos no forman parte de la garantía de los acreedores y escapan a su persecución. Por tanto, no tienen ellos interés en que el deudor los conserve ni resultan afectados por su distracción.

---

(39) OSPINA FERNANDEZ, Guillermo. Op. cit., Página 181.

Agrega Ospina Fernández que corresponde, pues, al acreedor o acreedores que pretendan la revocación de un acto realizado por su deudor, la prueba de que dicho acto les es perjudicial, en cuanto lesiona sus créditos por colocar al deudor en estado de insolvencia o por agravar tal estado, si ya se encontraba en él. Y, de la propia manera, el deudor y los terceros demandados en acción pauliana pueden enervarla, proponiendo la excepción de discusión de bienes, enderezada a establecer que los activos patrimoniales que aún conserva el deudor después de la realización del acto impugnado por el acreedor o acreedores, son suficientes para cubrir las deudas de aquél. Plantéase así una cuestión de hecho que el juez debe resolver discrecionalmente, habida cuenta de las pruebas aportadas por las partes contrincantes, bien sea para establecer el perjuicio a los acreedores, o bien para negarlo.

El Código Civil Peruano de 1984 regula el tema del fraude del acto jurídico en el Título VII del Libro II relativo al Acto Jurídico, artículos 195 a 200. Cabe señalar que los artículos 195 y 200 han sido variados por la primera Disposición Modificatoria del Decreto Legislativo Nº 768 -Código Procesal Civil-. Los textos de los artículos mencionados, son los siguientes:

Artículo 195.- "El acreedor, aunque el crédito esté sujeto a condición o a plazo, puede pedir que se declaren ineficaces respecto de él los actos gratuitos del deudor por los que renuncie a derechos o con los que disminuya su patrimonio conocido y perjudiquen el cobro del crédito. Se presume la existencia de perjuicio cuando del acto del deudor resulta la imposibilidad de pagar íntegramente la prestación debida, o se dificulta la posibilidad de cobro.

Tratándose de acto a título oneroso deben concurrir, además, los siguientes requisitos:

1. Si el crédito es anterior al acto de disminución patrimonial, que el tercero haya tenido conocimiento del perjuicio a los derechos del acreedor o que, según las circunstancias, haya estado en razonable situación de conocer o de no ignorarlos y el perjuicio eventual de los mismos.

2. Si el acto cuya ineficacia se solicita fuera anterior al surgimiento del crédito, que el deudor y el tercero lo hubiesen celebrado con el propósito de perjudicar la satisfacción del crédito del futuro acreedor. Se presume dicha intención en el deudor cuando ha dispuesto de bienes de cuya existencia había informado por escrito al futuro acreedor. Se presume la intención del tercero cuando conocía o estaba en aptitud de conocer el futuro crédito y que el deudor carece de otros bienes registrados.

Incumbe al acreedor la prueba sobre la existencia del crédito y, en su caso, la concurrencia de los requisitos indicados en los incisos 1 y 2 de este artículo. Corresponde al deudor y al tercero la carga de la prueba sobre la inexistencia del perjuicio, o sobre la existencia de bienes libres suficientes para garantizar la satisfacción del crédito."

Artículo 196.- "Para los efectos del artículo 195, se considera que las garantías, aun por deudas ajenas, son actos a título oneroso si ellas son anteriores o simultáneas con el crédito garantizado."

Artículo 197.- "La declaración de ineficacia del acto no perjudica los derechos adquiridos a título oneroso por los terceros subadquirentes de buena fe."

Artículo 198.- "No procede la declaración de ineficacia cuando se trata del cumplimiento de una deuda vencida, si ésta consta en documento de fecha cierta."

Artículo 199.- "El acreedor puede ejercitar frente a los terceros adquirentes las acciones que le correspondan sobre los bienes objeto del acto ineficaz.

El tercero adquirente que tenga frente al deudor derechos de crédito pendientes de la declaración de ineficacia, no puede concurrir sobre el producto de los bienes que han sido objeto del acto ineficaz, sino después que el acreedor haya sido satisfecho."

Artículo 200.- "La ineficacia de los actos gratuitos se tramita

como proceso sumarísimo; la de los actos onerosos como proceso de conocimiento. Son especialmente procedentes las medidas cautelares destinadas a evitar que el perjuicio resulte irreparable.

Quedan a salvo las disposiciones pertinentes en materia de quiebra."

Hasta aquí los artículos de la ley peruana sobre el fraude del acto jurídico.

Ahora nos corresponde analizar los requisitos necesarios para el planteamiento de la acción revocatoria o pauliana.

A entender de Doménico Barbero[40], el presupuesto de la acción es, en todo caso, el **eventus damni**: esto es, que del acto se siga un daño para el acreedor, porque no encuentra en el patrimonio del deudor medios suficientes para satisfacerse; fuera de este presupuesto, la obra del deudor es incensurable por el acreedor, pues se sale completamente de su esfera de interés. No es necesario, por otra parte, que el daño sea actual; la "revocatoria" corresponde al patrimonio del deudor, quien debe prever su futura insolvencia. Y pueden ejercitarla los mismos cuyo crédito está sujeto a plazo o a condición. Por lo demás, la presencia de un tal daño debe valorársela solamente en relación a la acción propuesta, no pudiéndose considerar, a los fines de su proponibilidad, el daño de otros acreedores, pero que no actúen.

A decir del citado tratadista italiano, las condiciones de la acción son, según los casos, la **scientia damni** o el **consilium fraudis**: a) basta la "**scientia damni**", esto es, la conciencia o conocimiento del perjuicio que el acto irroga al acreedor, cuando dicho acto ha sido cumplido posteriormente al origen del crédito; b) es necesario el "**consilium fraudis**", esto es, la dolosa precoordinación del acto en perjuicio de la satisfacción del crédito, cuando él se lo cumple antes que aquél surja. Así, la antigua disputa, sobre si el elemento subjetivo del fraude consistía en la con-

---

(40) BARBERO, Doménico. Op. cit., Tomo III, Páginas 142 y siguientes.

ciencia de perjudicar o en el **animus nocendi**, está ahora textualmente resuelta sobre la base de la distinción de si el acto por revocar es anterior o posterior al crédito; en lo cual, implícitamente, está resuelta también la disputa sobre si tenía relevancia la anterioridad o posterioridad del crédito respecto del acto fraudulento.

El profesor colombiano Guillermo Ospina Fernández[41] nos dice que la doctrina tradicional identifica las expresiones dolo y fraude al designar indistintamente con ellas ese elemento específico del delito: esa intención positiva de inferir injuria o daño, que sirve para distinguir el delito del hecho ilícito culposo, en el cual la culpa, imprudencia o negligencia del agente sirve de fundamento a la responsabilidad civil en que éste incurre. Agrega que con base en la precitada identificación de las expresiones dolo y fraude en general, un sector de la doctrina ha confundido el fraude pauliano con el dolo, y así ha llegado a formular la tesis, según la cual, para que la acción pauliana pudiese prosperar, se requeriría que el acreedor o acreedores que la instaurasen aportaran la difícil prueba de que el acto impugnado se habría celebrado con la intención positiva de inferirles daño.

Pero, según Ospina Fernández, el pensamiento dominante ha rechazado esta tesis que restringe y hasta hace ineficaz la acción pauliana en la mayoría de los casos, y así, atendiendo a la tradición romana, ha afirmado que el fraude pauliano es un concepto **sui generis** que consiste únicamente en el conocimiento que se tenga, y que el deudor debe tener, del mal estado de sus negocios, pese al cual celebra el acto que lo coloca en imposibilidad de pagar sus deudas. Y añade que la mala fe del deudor, que se sanciona con la acción pauliana, es la que se ofrece cuando dicho deudor celebra un acto que defrauda la confianza en él depositada por sus acreedores, quienes al otorgársela contaban con que él no habría de abusar de la libre administración de sus bienes hasta el punto de realizar, a sabiendas, actos que lo condujeran a la insolvencia, o la agravaran, si ya había llegado a ella.

(41) OSPINA FERNANDEZ, Guillermo. Op. cit., Páginas 181 y siguientes.

Ospina Fernández observa, finalmente, que el Código Civil Colombiano, en su artículo 2491, se ha pronunciado en pro de esta tesis, al declarar expresamente que la mala fe constitutiva del fraude pauliano consiste en el conocimiento del mal estado de los negocios del deudor; precisa que este concepto del fraude pauliano conduce a una conclusión de señalada importancia. La acción no procede cuando al deudor no le es imputable esa precisa mala fe, aunque haya incurrido en imprevisión, temeridad, negligencia o descuido en la libre administración de sus bienes. La garantía que tales bienes representan para los acreedores no autoriza a estos para interferir esa administración ni para pretender trazarle al deudor ciertas pautas al respecto. Así, si éste, en un momento determinado, considera que cierto acto o negocio habrá de serle provechoso y tal previsión falla, ocasionándole una pérdida patrimonial, aunque ésta pueda afectar la garantía de los acreedores, ellos no están legitimados para ejercer la acción pauliana, porque falta la mala fe del deudor que condiciona dicha acción.

Por lo demás, la doctrina clásica comprende la existencia de un requisito consistente en el fraude, que los antiguos denominaban **consilium fraudis**, y otro, el perjuicio, llamado **eventus damni**.

Siguiendo a Giorgi[42], podemos decir que son cuatro las condiciones exigidas para el ejercicio de la acción revocatoria: en el acreedor, en el deudor, en el tercero contra el que se ejercita la acción, y en el acto, que debe constituir su objeto.

En relación al crédito, se llegó a discutir en algún momento si la acción revocatoria o pauliana sólo correspondía al acreedor quirografario, o si ella también podía ser ejercitada por el acreedor hipotecario o privilegiado. Pero, como dice Giorgi, la acción revocatoria está principalmente instituida en beneficio del acreedor quirografario, ya que el acreedor hipotecario o privilegiado, protegido como está de acciones mucho más eficaces, tiene ordi-

(42) GIORGI, Giorgio. Op. cit., Volumen II, Páginas 302 y siguientes.

nariamente poca necesidad de experimentar la acción revocatoria. Pero con la misma lógica, se considera que esta acción también le corresponde al acreedor hipotecario. Es verdad que éste tiene remedios más seguros que la acción revocatoria, lo que equivale a decir, según Giorgi, que recurrirá raramente a la práctica de esta acción, valiéndose antes de la facultad hipotecaria; pero como el acreedor hipotecario es también un acreedor y la ley concede la acción revocatoria a los acreedores, él gozará también de la mencionada acción.

Con referencia al fraude del deudor, Giorgi nos dice que el principio más memorable que el Derecho Romano ha dejado como herencia a la Ciencia del Derecho Privado, acerca de la acción revocatoria, es la regla de que no puede hablarse de revocación cuando no existe fraude del deudor. Agrega el autor citado que poco se requiere para comprender la razón de este requisito, pues el hecho de tener deudas, no es, en efecto, circunstancia suficiente para privar a cualquiera de la facultad de administrar por sí su propio patrimonio; ni tampoco basta ser insolvente (a excepción de la figura de la quiebra), conservando el deudor la facultad de enajenar, de disponer por actos entre vivos o de última voluntad, tanto a título oneroso como a título gratuito, y hasta de contraer nuevas deudas.

En relación al propio concepto de fraude, a decir de Giorgi, no es necesaria la intención del deudor de perjudicar al acreedor -recuerda que en el dolo no resulta en lo más mínimo necesaria la intención de dañar al acreedor-; pues basta la conciencia de dañar, aunque la intención haya sido la de obrar en propia ventaja, o ayudar a terceros. El deudor enajena en fraude de los acreedores, cuando conoce que se encuentra su patrimonio en tal estado, que no puede realizar sin perjuicio de éstos aquella disminución patrimonial a que se dirige el acto de enajenación. Y entiende el tratadista citado que, como el perjuicio de los acreedores consiste en quedar, en todo o en parte, a descubierto, el concepto de **consilium fraudis** está completo, cuando las circunstancias demuestran que el deudor no podía ignorar que se hacía insolvente, o al menos que acentuaba su estado de decadencia económica, a

pesar de lo cual, no por eso dejó de desatender la fe debida a sus acreedores y al enajenar realizó una disminución patrimonial.

Existe, en efecto, el doble elemento requerido para la revocación del acto, esto es, el daño efectivo de los acreedores y la mala fe, que constituye la infracción a las obligaciones asumidas para con los mismos acreedores. Señala Giorgi que ello opera cualquiera que sea la última y final intención de su voluntad, o de procurarse ventaja personal, o servir a tercera persona, o lo que es muy raro, arruinar a sus acreedores. Incluso, se podría llegar a decir que resulta válido el aforismo de Baldo, quien decía que la mera conciencia de hacerse insolvente era suficiente para justificar el ejercicio de la acción pauliana.

Por tales razones, Giorgi critica la opinión de Reinhart y de quienes lo siguieron, cuando decía que no bastaba la conciencia o previsión del daño, sino que se requería además que el deudor hubiera tenido la intención dolosa de dañar a los acreedores. Como afirma Giorgi, será interesante apreciar si lo que mueve al deudor a realizar los actos fraudulentos es la voluntad de perjudicar a los acreedores, o solamente un interés propio. Y apunta que la doctrina dominante, negando la necesidad de la intención de dañar, sostiene que basta también un objeto diverso, por ejemplo, buscar su conveniencia, y en relación al daño que los acreedores sufrirán por aquel acto, se contenta con que el deudor tenga la certidumbre de ello. Por esa razón, quien quiera combatir eficazmente esta doctrina debe demostrar que un deudor, al enajenar o disipar sus bienes para hacer su capricho, sin detenerse ante la idea del daño que producirá a los acreedores, no obra fraudulentamente, por no haberle determinado a la disipación el deseo de arruinarlos; agrega que la doctrina dominante no ha soñado nunca en decir que el deudor pueda obrar sin un objeto determinado, de que se hace consciente luego, pues un objeto debe haber, indudablemente, el cual constituye la intención del deudor, o sea el móvil íntimo de su voluntad; sin que sea lícito procurarse su propio interés, sabiendo que se falta a la fe debida a sus acreedores, y que esta falta constituye mala fe, que en esta materia representa el fraude pauliano.

Agrega Giorgi que a esta teoría se opone Serafini, después de citar a algunos autores que, según él, requieren el **animus nocendi**, y de combatir la distinción entre conciencia o previsión e intención o propósito de dañar, expresándose de este modo: "En realidad, el hombre tiende siempre a un fin con sus actos, y sólo, abstractamente, puede hablarse de una enajenación cometida con sólo la conciencia del perjuicio que se deriva de ella. Un fin, bueno o malo, debe existir y este es el fin que se debe investigar, porque sólo de él puede resultar el fraude. Cuando un deudor que sabe que es insolvente, enajena por precio mínimo una parte de su patrimonio, esperando mediante el dinero que obtiene mejorar su estado económico y satisfacer a sus acreedores, no puede decirse que haya en él dolo, y la acción pauliana no se le puede aplicar si vio defraudada su esperanza. Pero con la teoría opuesta, no se puede llegar a tal equitativa conclusión." Es cierto, precisa Giorgi, que debe haber siempre un fin bueno o censurable, pero la cuestión está en saber si este fin debe ser el **animus nocendi**, o si, por el contrario, basta la intención de buscar la conveniencia personal o el provecho de otros, sin el propósito deliberado de arruinar a los acreedores. Y añade que la teoría dominante no sostiene que la conciencia del perjuicio pueda dejar de ir acompañada o separada de cualquiera intención, lo que sería un absurdo, y mucho menos excluye que no pueda ir acompañada de la malvada intención de causar daño. Dice, tan sólo, que este maligno intento no es absolutamente necesario, ya que cuando un deudor, aun sabiendo que es insolvente, enajena a precio menor una parte de su patrimonio con la esperanza de emprender con el precio un buen negocio y reponerse, no es ciertamente de mala fe, porque le falta, precisamente, la conciencia de agravar su insolvencia y perjudicar con esto a los acreedores. Antes bien, tiene la conciencia de lo contrario y obra para beneficiar la situación de éstos, redimiéndose de la insolvencia que le aflige. Se engañará acaso y hará mal sus cuentas, por fundarse, probablemente, sobre una vana esperanza, pero el hecho de haber calculado mal y de engañarse, no constituye la mala fe y no sustituye la conciencia de perjudicar, de donde Giorgi, tal como había anhelado y de acuerdo con la teoría dominante, llega a la conclusión de que está inmune de la censura que se le dirige.

Otro punto interesante señalado por el tratadista italiano es el relativo a determinar si para que un acto sea revocable es necesario que de él se derive una disminución patrimonial con daños de los acreedores, y que además se necesite que el tercero, adquirente a título oneroso, sea partícipe del fraude. En opinión de Giorgi, la respuesta es afirmativa, señalando que la venta con justo precio constituye un acto revocable solamente cuando se realice para disipar el precio y el deudor lo consume realmente, sustrayéndolo a los acreedores; es preciso, además, que el tercero adquirente esté enterado de todo esto, pudiendo rechazar con derecho a la acción pauliana, respondiendo que el precio no se disipó, o que ignoraba este propósito del deudor, o que incluso conociéndolo, no sabía que el deudor, obrando así, incurría en insolvencia.

Giorgi, por último, es muy duro al referirse a quienes critican lo que él considera la sana doctrina relativa a la acción revocatoria o pauliana, señalando que "cuando se comprende a medias una doctrina es facilísimo criticarla."

Por lo demás, parece haber consenso entre los juristas al considerar que son tres los requisitos fundamentales para la ejecución de la acción revocatoria o pauliana:

(a) ***Que el deudor se halle en estado de insolvencia.***

Según Rezzónico[43] la insolvencia del deudor equivale a la insuficiencia de sus bienes para pagar la totalidad de sus deudas; insolvencia que se presume cuando, al promoverse la acción revocatoria, el deudor está fallido, es decir, en quiebra. En los demás casos, es necesario probar la insolvencia del deudor, ya que si los bienes del mismo alcanzan para satisfacer el pago de sus obligaciones, falta el presupuesto o fundamento del interés de sus acreedores para pe-

(43) REZZONICO, Luis María. Op. cit., Volumen I, Páginas 309 y siguientes.

dir la revocación del acto realizado, que es el perjuicio que de ese acto debe resultar para los acreedores. A entender de Rezzónico, esa insolvencia debe existir al tiempo de demandarse la revocación del acto, sin que sea suficiente que el acto impugnado haya provocado la insolvencia del deudor, si más tarde éste salió de su insolvencia, mejorando su patrimonio. La prueba de la insolvencia debe consistir en la demostración de que el activo del deudor no alcanza para cubrir su pasivo.

(b) ***Que el perjuicio de los acreedores resulte del acto mismo del deudor, o que antes ya se hallase insolvente.***

Como nos dice Rezzónico, el perjuicio a los acreedores debe resultar de la insolvencia del deudor, producida, provocada o agravada por el acto cuya revocación se pide; es agravada cuando el deudor ya estaba en insolvencia al realizarlo. Esto equivale a decir, según el autor citado, que para que proceda la acción revocatoria debe existir una relación inmediata y directa entre el acto que se impugna y el estado de insolvencia del deudor; de modo que si falta tal relación, si el acto de enajenación no causa la insolvencia, aunque ésta se produzca después, no procede la impugnación.

(c) ***Que el crédito en virtud del cual se intenta la acción, debe ser de fecha anterior al acto del deudor cuya revocación se demanda.***

Este principio se basa, a entender de Rezzónico, en razones de elemental justicia. Se considera que el acreedor cuyo crédito nació después del acto de enajenación de su deudor que disminuyó el patrimonio de éste, o le hizo caer en insolvencia, no contaba con la garantía de ese bien enajenado, cuando se constituyó en acreedor por contrato o por disposición de la ley; razón por la cual, no puede sostener válidamente que el acto anterior de enajenación le perjudicó, y mucho menos que fue realizado para perjudicarle.

Recuerda Rezzónico que el Código Civil de su país establece una excepción al principio establecido por éste tercer requisito, el mismo que se encuentra en su artículo 963: "Exceptúanse de la condición tercera del artículo anterior, las enajenaciones hechas por el que ha cometido un crimen, aunque consumadas antes del delito, si fuesen ejecutadas para salvar la responsabilidad del acto, las cuales pueden ser revocadas por los que tengan derecho a ser indemnizados de los daños y perjuicios que les irrogue el crimen." El fundamento de la excepción es impedir que, con estos actos, quien proyecta cometer un delito eluda las responsabilidades e indemnizaciones consiguientes. Otra excepción, esta vez de la doctrina, que señala Rezzónico, consiste en que también pueden interponer la acción revocatoria los acreedores cuyos créditos han sido reconocidos judicial o extrajudicialmente con posterioridad al acto, pero cuyo origen es anterior; los acreedores subrogados legal o convencionalmente en un crédito de fecha anterior al acto; así como también los cesionarios.

En tal orden de ideas, corresponde ahora analizar cuáles son los hechos que tiene que probar el acreedor para demostrar el fraude en el ejercicio de la acción revocatoria o pauliana. Lo primero es la existencia de la relación obligatoria, hecho que no revestirá mayores dificultades. Las dificultades se encontrarán en la demostración de que el deudor conocía que era insolvente, o, como dice Giorgi, que se hacía tal, mediante el acto que se disponía a ejecutar. En este caso, a decir del autor citado, resultarán sumamente importantes los indicios que apunten a su demostración; agrega que la lógica del juez hace hablar al indicio, buscándolo con la confrontación y con el razonamiento de las circunstancias mudas de los hechos externos, patentizada con el testimonio convincente del hecho oculto e interno. Pero si es la lógica del juez solamente la que puede hacer elocuente el indicio, queda de hecho imposibilitada la doctrina para dictar oportunamente criterios abstractos y generales, ya que podría preverse la infinita multitud de hechos y formular sobre cada uno el canon directivo; siendo necesario, después de determinar las mil circunstancias de hecho suficientes para constituir las reglas generales y afirmativas, que la doctrina prevea otras infinitas y nuevas circunstancias accidentales sobre donde fundar otras tantas innumerables excep-

ciones, debiéndose someter el juicio del juez, a reglas de lógica procesal.

Concordamos plenamente con Giorgi, cuando enseña que los indicios y las presunciones principales del fraude suelen ser reducidas por los escritores a los siguientes:

(1) La clandestinidad del acto;
(2) La continuación de la posesión en el deudor, mientras que según la naturaleza del acto habría debido pasar al tercero;
(3) La falta de causa congrua;
(4) El parentesco o afinidad entre el deudor y el tercero;
(5) La vileza del precio;
(6) La proximidad a la pobreza o a la quiebra; y
(7) La enajenación de todos los bienes.

Señala Giorgi que, como observa Maiereni, en los cuatro primeros casos se encuentran otros tantos indicios de aquel fraude que se encamina a la simulación, más bien que del que constituye la base de la acción revocatoria. Es decir, demuestran dichos primeros indicios que el deudor, más que disminuir realmente su patrimonio en daño de los acreedores, quiso fingir una disminución para sustraerla a éstos. Esto no ocurre en los tres últimos, pues el deudor puede vender a precio vil con el ánimo de sustraer el precio de las legítimas esperanzas de los acreedores, agravándose este peligro, tanto más cuanto más se aproxima a la pobreza o a la quiebra, siendo el indicio más grave de que existe fraude el de la enajenación de todos los bienes ejecutada por el deudor que no ignora sus débitos.

Otro tema fundamental en relación a la acción revocatoria o pauliana, es el relativo a los terceros. Es un hecho objetivo que la gran mayoría de Códigos de nuestra tradición jurídica (y a ello no escapa el Código Civil Peruano de 1984 -en su reformado artículo 195-), efectúan una distinción acerca de si el acto que se quiere atacar de fraudulento fue realizado a título gratuito o a título oneroso. Resulta siendo un principio universal que el ejercicio de la acción pauliana, contra el tercero adquirente, exigía, si el acto era a título oneroso, el concurso del fraude, incluso por parte del tercero; en tanto que si el acto se efectuaba a título gratuito, no requería que el tercero fuese cómplice del mismo. Giorgi encuentra como razón de tal distingo que en los actos a título oneroso, la acción pauliana no tiene otro fundamento racional que la obligación del tercero al resarcimiento del daño sufrido por el acreedor, y agrega que si la revocación del acto restringiese solamente sus efectos al deudor, bastaría el fraude de él para justificarla. Pero esto no es posible de otro modo, ya que la revocatoria debe producir necesariamente sus efectos, incluso contra el tercero, despojándolo de los derechos que mediante otro correlativo se procuró; razón por la cual, se manifiesta claro que la revocatoria sería para él una verdadera injusticia, al no tener fundamento jurídico en la culpa del mismo tercero, culpa que consiste precisamente en su mala fe.

Por el contrario -señala Giorgi-, cuando el acto impugnado es a título gratuito, el fundamento jurídico de la revocatoria se encuentra aún más pronto; porque siendo principio indiscutible de equidad natural y principio general de Derecho, que nadie puede enriquecerse injustamente en daño ajeno, es clara la obligación del tercero que se enriqueció en daño del acreedor de restituir a este último todo aquello de que se lucró, siempre que su ganancia tuviese por fundamento un acto ilegítimo del deudor. Y para que el acto sea ilegítimo, basta el fraude del deudor mismo.

En este punto, consideramos conveniente precisar quiénes son los terceros. A decir de Giorgi[44], son terceros todos aquellos que contrataron directamente con el deudor, o que se han aprovechado directamente de sus disposiciones o renuncias; llamándóseles "terceros inmediatos". Son terceros también aquellos que en el objeto material del acto mismo suceden a los terceros inmediatos, ya como sucesores a título universal, ya como sucesores a título particular, tanto por disposición de última voluntad, como por acto entre vivos; a quienes se llama "terceros mediatos".

En relación a la intervención del tercero en el fraude, señala

(44) GIORGI, Giorgio. Op. cit., Volumen II, Páginas 346 y siguientes.

Giorgi[45] que se objeta también que no basta la mala conciencia del tercero, sino que se requiere la participación de éste; a lo que el maestro italiano enseña que basta pensar que la participación del tercero está incluida en el acto que ejecuta, pues, al hablar de tercero adquiriente, se entiende de un tercero que contrata con el deudor. Y por esto, si se decide a contratar con la conciencia de causar daño a los acreedores del deudor, la participación del tercero en el acto fraudulento es innegable. Finaliza Giorgi expresando que el fraude del tercero se presumiría cuando él hubiese realizado el acto, después de ser reconocido por los acreedores.

En relación a cuáles son los actos que deben considerarse realizados a título oneroso, resulta importante indagar acerca de la causa lucrativa u onerosa del acto revocable, cuya naturaleza sea dudosa, y, como dice Giorgi, deje incierto si deben incluirse entre los actos a título oneroso o entre los actos a título gratuito. A entender de Giorgi, estos actos de naturaleza dudosa podrían reducirse a los siguientes:

(1) Donaciones impropias;

(2) Constitución de dote;

(3) Donaciones matrimoniales;

(4) Nuevas deudas;

(5) Fideicomisos;

(6) Divisiones; y

(7) Actos de índole aleatoria.

En este punto conviene señalar cuáles son las diferencias existentes entre la acción revocatoria y la oblicua. El Doctor Palacio Pimentel[46] indica que la acción revocatoria se origina en la

(45) GIORGI, Giorgio. Op. cit., Volumen II, Página 349.
(46) PALACIO PIMENTEL, H. Gustavo. Op. cit., Páginas 964 y 965.

mala fe del deudor, luego que el acreedor obra por propio derecho. Por lo general la ejercita el acreedor cuyo crédito es anterior al acto fraudulento y su finalidad es dejar sin efectos el acto jurídico fraudulento. Aclaramos con relación al Código Civil de 1984 que es posible ejercitar la acción pauliana (artículo 195) sobre actos anteriores al nacimiento de la obligación, cuando el acto está preordenado dolosamente a fin de facilitar la satisfacción del futuro crédito.

Contrariamente, en opinión del Doctor Palacio Pimentel, la acción oblicua se origina en la conducta negligente del deudor que descuida sus propios derechos patrimoniales. El acreedor no obra por propio derecho, la puede ejercitar cualquier acreedor, sea su título anterior o posterior al acto descuidado por su titular que es el deudor. Finalmente, el propósito de cada una de estas acciones es distinto, como ya se vio, teniendo como común denominador el de ser "medidas conservativas"; reparadora la una y preventiva la otra.

Para los profesores franceses Starck, Roland y Boyer[47], la acción pauliana se distingue de la acción oblicua desde diferentes puntos de vista. Primero, por su objeto: se trata de garantizar a los acreedores frente a una deslealtad contractual que no consiste en una inacción sino en una acción nefasta; no se le reprocha al deudor por no actuar, sino por actuar mal. Por la calidad en la que interviene el acreedor perjudicado, quien entabla la acción por su propio derecho, no a nombre del deudor. Por su resultado, en fin, que es lo que se obtiene de su carácter personal: el acreedor prosecutor guarda para él el beneficio de sus diligencias; los otros acreedores no tienen acceso a los valores reintegrados por sus cuidados en el patrimonio del deudor. Así se explica que la acción paulina sea incompatible con la acción oblicua; dicho de otro modo, que el acreedor que actúa en lugar del deudor no pueda, al mismo tiempo, impugnar el acto que este último ha cometido en fraude de sus derechos.

(47) STARCK, Boris, ROLAND, Henri y BOYER, Laurent. Op. cit., Páginas 327 y siguientes.

Hasta aquí el tema de la acción revocatoria o pauliana. Tratemos ahora la acción de simulación.

(2) ***Acción de simulación.***

Como se sabe, el Código Civil Peruano de 1984 regula en el Título VI del Libro II, relativo al Acto Jurídico, el tema de la simulación, en la forma siguiente:

Artículo 190.- "Por la simulación absoluta se aparenta celebrar un acto jurídico cuando no existe realmente voluntad para celebrarlo."

Artículo 191.- "Cuando las partes han querido concluir un acto distinto del aparente, tiene efecto entre ellas el acto ocultado, siempre que concurran los requisitos de sustancia y forma y no perjudique el derecho de tercero."

Artículo 192.- "La norma del artículo 191 es de aplicación cuando en el acto se hace referencia a datos inexactos o interviene interpósita persona."

Artículo 193.- "La acción para solicitar la nulidad del acto simulado puede ser ejercitada por cualquiera de las partes o por el tercero perjudicado, según el caso."

Artículo 194.- "La simulación no puede ser opuesta por las partes ni por los terceros perjudicados a quien de buena fe y a título oneroso haya adquirido derechos del titular aparente."

Estos son los preceptos del Código Civil Peruano relativos a la simulación del acto jurídico.

Como dice Rezzónico, cuando el deudor, con el propósito de eludir el pago de sus deudas, enajena o grava sus bienes en forma ficticia, la ley otorga a sus acreedores el derecho de demostrar que tal enajenación es puramente simulada, que es aparente y no sincera, que es un acto jurídico que tiene el vicio de "simulación" y que aquellos bienes nunca salieron en verdad del patrimonio del enajenante y continúan, por consiguiente, afectados a la garantía y al pago de sus deudas; precisa que ese medio es la acción de simulación, cuyo objeto es obtener que judicialmente se declare simulado, es decir, ficticio, el acto atacado como tal.

El Código Civil Argentino, en su artículo 955, primera norma del Capítulo relativo a la simulación en los actos jurídicos, señala cuatro supuestos que, debe reconocerse, constituyen los más comunes. Se trata de los siguientes:

(1) Cuando se encubre el carácter jurídico de un acto bajo la apariencia de otro;

(2) Cuando el acto contiene cláusulas que no son sinceras;

(3) Cuando el acto contiene fechas que no son verdaderas; y

(4) Cuando por el acto se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas.

En opinión de Ferrara, citado por Rezzónico[48], la simulación es "la declaración de un contenido de voluntad no real, emitida conscientemente y de acuerdo entre las partes, para producir con fines de engaño la apariencia de un negocio jurídico que no existe o que es distinto de aquel que realmente se ha llevado a cabo." En tal sentido, el citado autor argentino señala que son tres los requisitos del acto simulado:

(1) Una declaración de voluntad ostensible, disconforme con la intención efectiva del sujeto, que está oculta;

(2) El acuerdo entre las partes del acto simulado, para emitir aquella declaración de voluntad ficticia; es decir, que ambas partes deben tener la intención de realizar un acto aparente (de lo contrario, sólo habría una reserva mental que no influye sobre la eficacia del acto);

---

(48) REZZONICO, Luis María. Op. cit., Volumen I, Página 324.

(3) El propósito de engañar a terceros con ese negocio jurídico aparente; aunque sea un engaño "inocente", como ocurre en la simulación lícita, porque "engaño no supone siempre daño."

Un punto que vale la pena tratar es la distinción entre la acción revocatoria o pauliana y la acción de simulación. Para tal efecto, citamos al Doctor Palacio Pimentel[49], quien anota que las diferencias entre la acción revocatoria y la de simulación consisten en que la revocatoria ataca un acto real; sólo puede ser iniciada por los acreedores del demandado; prescribe a los dos años de realizado el acto impugnado; y sólo puede ser intentada la acción por el acreedor de fecha anterior al acto fraudulento. Mientras que la acción de simulación, agrega, ataca un acto ficticio, tratándose de demostrar que "un bien" no salió del patrimonio del obligado; puede ser intentada por las propias partes, sus herederos o cualquier interesado; y puede ser demandada por los acreedores aun de fecha posterior al acto. Por lo demás, la acción de daños y perjuicios derivados para las partes de la violación de un acto simulado prescribe a los siete años.

Añade el citado profesor que en la acción revocatoria debe demostrarse que el acto impugnado produjo la insolvencia o la agravó, lo que no es necesario en la de simulación. La pauliana produce sus efectos hasta la concurrencia del crédito del actor; en la de simulación no se tiene en cuenta el monto del crédito del demandante, ni de cualquier otro acreedor, porque el acto simulado caerá en su totalidad y no parcialmente. Finalmente, la revocatoria es una acción que sólo aprovecha al acreedor accionante y en la de simulación se benefician todos quienes pudieran haberse perjudicado con el acto simulado. El fraude siempre es ilícito; la simulación puede ser lícita o ilícita.

Ambas acciones tienen de común el ser medidas conservativas del patrimonio del deudor y también en ambas se exige que el acto atacado perjudique al acreedor accionante.

---

(49) PALACIO PIMENTEL, H. Gustavo. Op. cit., Tomo II, Página 965.

Por su parte, Rezzónico[50] sostiene que entre esas acciones existen dos semejanzas fundamentales, las mismas que resume con las siguientes palabras: 1) porque una y otra son acciones reparadoras de la prenda común de los acreedores; 2) porque ambas exigen que el acto atacado cause perjuicios al acreedor accionante. Precisamente en vista de tales semejanzas algunos autores, como Chardon y Bedarride, consideran que la acción de simulación sólo es un caso especial de la revocación, y que la simulación no es sino una de las formas del fraude.

En cuanto a las diferencias existentes entre ambas acciones, Rezzónico las plantea de la siguiente manera:

(1) La acción revocatoria ataca un acto real del deudor, mientras que la de simulación ataca un acto fraguado o ficticio; es decir, que mientras que el acto simulado es inexistente, sólo querido en su apariencia, en el acto fraudulento las partes que lo realizan buscan y quieren que produzca todos los efectos propios de su forma y contenido. De ahí que mientras la acción revocatoria tiene por objeto volver al patrimonio del deudor un bien que salió de él fraudulentamente, la acción de simulación tiende a demostrar que tal bien nunca salió en verdad del patrimonio del deudor.

(2) En la acción de revocación debe demostrarse que el acto atacado produjo o agravó la insolvencia del deudor (artículo 962 del Código Argentino), lo que no es necesario en la de simulación, que sólo requiere la prueba de la simulación y del perjuicio.

(3) La acción revocatoria -con excepción del caso del artículo 963- sólo pueden intentarla los acreedores de fecha anterior al acto impugnado y no los posteriores, pues al hacerse acreedores éstos, al nacer su crédito, ya estaba disminuido el patrimonio del deudor; mientras que, según Salvat, de

---

(50) REZZONICO, Luis María. Op. cit., Volumen I, Páginas 336 y 337.

acuerdo con la jurisprudencia comercial argentina, aunque la civil está en contra, la acción de simulación pueden intentarla también los acreedores posteriores al acto simulado, que por lo mismo que es ficticio les perjudica.

(4) En la revocación de actos a título oneroso, el accionante debe probar el fraude del deudor y la complicidad del tercero (artículo 968), mientras que en la de simulación ese fraude y esa complicidad son indiferentes; basta probar el perjuicio y la simulación.

(5) La acción revocatoria sólo puede ser intentada por los acreedores; la de simulación puede serlo, además, por las partes o sus herederos.

(6) Los efectos de la acción revocatoria sólo se producen "hasta la concurrencia o importe del crédito del accionante", mientras que en la acción de simulación no se tiene en cuenta el monto de ese crédito: si el acto es simulado, cae en su totalidad, no puede caer una parte y subsistir otra.

(7) La revocación, según el artículo 965, aprovecha sólo al acreedor que la pidió; la declaración de simulación aprovecha también a los demás acreedores, aunque no hayan participado en el juicio.

(8) La acción revocatoria prescribe al año (artículo 4033 del Código Civil Argentino), salvo que esté conexa a un acto simulado con fraude, es decir, a un acto ilícitamente simulado, en cuyo caso prescribe a los dos años, que es el término de prescripción de la acción de simulación, relativa o absoluta, lícita o ilícita, ejercida por las partes o por terceros.

Los profesores franceses Starck, Roland y Boyer[51] señalan que la acción pauliana no debe ser más tiempo confundida con la

(51) STARCK, Boris, ROLAND, Henri y BOYER, Laurent. Op. cit., Páginas 327 y siguientes.

acción de declaración de simulación, aunque en un caso u otro el acreedor prosecutor ejerce un derecho propio. Cuando hay una simulación, por ejemplo cuando el deudor ha consentido ficticiamente una enajenación, el bien despojado figura siempre en el patrimonio del deudor, aun cuando basta que los acreedores prueben la simulación mediante el uso de su derecho de fianza y embarguen el bien que no ha sido vendido realmente. Contrariamente, la acción paulina se dirige contra un acto real que ha desposeído al deudor; siendo pues necesario comenzar por volver a traer el bien al patrimonio del deudor antes de poder embargarlo.

Por su parte, Manuel Albaladejo[52] precisa que no cabe confundir con la acción pauliana la hipótesis de que el deudor y el tercero adquirente simulen un acto para fingir que los bienes salen del patrimonio de aquél, y, así, que parezca que ya carece de ellos. Entonces no procedería la acción pauliana, tendente a atacar un acto que, de existir, sería fraudulento, sino la acción de simulación, tendente a poner de relieve que realmente no existe acto alguno verdadero; razón por la que los bienes siguen siendo del deudor, y el acreedor puede satisfacer con ellos su derecho.

Agrega el citado autor español que con frecuencia quien ejercita la acción pauliana plantea ésta como petición subsidiaria de la previa petición de que se declare la nulidad del acto por simulación. Ello suele ser así, bien porque no está claro si el acto de enajenación es simulado o real (pero dañoso), bien porque, aun estimando el demandante que es simulado, teme que la simulación no quede probada, y que, consiguientemente, el Tribunal no la declare, y, para tal caso, pide que, aunque se estime que la enajenación fue real, se admita que sustrajo los bienes enajenados a la satisfacción de su crédito, y, por tanto, que se revoque.

Señala Albaladejo que el Tribunal Supremo Español en ocasiones ha confundido en sus fallos el papel de la acción de simu-

(52) ALBALADEJO, Manuel. Op. cit., Volumen II, Tomo II, Páginas 219 y 220.

lación y el de la pauliana (debiéndose la confusión, con frecuencia, a un defectuoso planteamiento del pleito, en el que, a base de afirmar la existencia de fraude, se pedía la revocación del acto por ser simulado). Pero agrega que actualmente ha sentado de forma clara la distinción entre la simulación, que produce la nulidad del acto, y la enajenación fraudulenta, que es un acto realmente existente, pero que da lugar a su revocación o rescisión mediante el ejercicio de la acción pauliana.

Ahora estimamos preciso estudiar la denominada acción directa.

(3) ***Acción directa.***

A pesar de no estar contemplada dentro del artículo 1219, bajo comentario, consideramos necesario -al igual que en los casos de la acción revocatoria o pauliana y de la acción de simulación- hacer referencia a la acción directa como uno de los medios de que dispone el acreedor para resguardar sus intereses en la relación obligacional.

Como dicen los profesores franceses Starck, Roland y Boyer[53], la acción oblicua no presenta mucho interés para el acreedor, porque corre el riesgo de ver opuestas las excepciones que el tercero puede oponer al deudor; y, por otra parte, él no es el único beneficiario de su iniciativa -que es provechosa para el conjunto de los acreedores-. Es para evitar este inconveniente que el legislador otorga, en algunos casos, una acción directa.

Agregan los autores citados que también esta acción es concedida a un acreedor para permitirle actuar contra el deudor de su deudor, pero, a diferencia de la acción oblicua, el acreedor que actúa directamente no está considerado para hacer de jefe de su deudor, sino de su propio jefe; en otras palabras, el acreedor ejerce inmediatamente, no mediatamente, la prosecución, dispensándose de pasar por su propio deudor. No hay más representación como en el caso de la acción oblicua: el demandante actúa a nombre personal; pero, al hacer esto, pone en ejecución el crédito que su deudor mantiene contra un tercero.

A entender de Starck, Roland y Boyer, el interés de la acción directa es simplificar el pago reduciéndolo a una operación en lugar de dos. En una hipótesis normal, el acreedor actúa contra el deudor, el cual a su vez actúa contra el subdeudor: gracias a la acción directa, el acreedor alcanza directamente al subdeudor, por debajo del deudor principal.

Señalan además que esta contracción llegó a establecer un lazo de derecho entre dos terceros, mediante la vía del cocontratante intermediario que les es común, lo que constituye una alteración evidente a efecto de los contratos; precisan que si se tolera este alcance en el artículo 1165 del Código Civil Francés, es en razón a su utilidad: además de la ganancia de tiempo, la acción directa permite obtener un seguro más grande en el pago; evitando transitar por el patrimonio del deudor principal, el acreedor escapa del riesgo de insolvencia de la parte intermediaria.

Al tratar acerca del concepto de la acción directa, Albaladejo[54] nos dice que para evitar de los riesgos vistos, de que, en definitiva, sea inútil para el acreedor subrogante haber ejercitado el derecho de su deudor, se admite, en casos particulares, lo que se llama acción directa (la subrogatoria se denomina también oblicua o indirecta), consistente en que se concede al acreedor la posibilidad de dirigirse en su propio nombre contra el deudor de su deudor (es decir, sin ejercer el derecho que éste tenga contra el tercero de que se trate), y hacerse directamente (sin que los bienes pasen a través del patrimonio del deudor intermedio) pago de su crédito con lo que era debido a éste.

(53) STARCK, Boris, ROLAND, Henri y BOYER, Laurent. Op. cit., Página 311.

(54) ALBALADEJO, Manuel. Op. cit., Volumen II, Tomo II, Páginas 217 y 218.

Son, por ejemplo, casos de acción directa, los previstos por los artículos que menciona del Código Civil Español (además de otros del mismo y de otras leyes). Así, Albaladejo cita al artículo 1552, que concede acción al arrendador (acreedor) contra el subarrendatario (deudor del subarrendador, que es el deudor del arrendador) "por el importe del precio convenido en el subarriendo que se halle debiendo al tiempo del requerimiento." Agrega que la sentencia de 24 de noviembre de 1965 advierte que el arrendador no tiene acción directa contra el subarrendatario salvo en los casos en que la ley la conceda expresamente.

Por otra parte, señala al artículo 1597, en el que se concede a los que ponen su trabajo y materiales (acreedores) en una obra ajustada alzadamente por el contratista, acción contra el dueño de dicha obra (deudor del contratista, que es el deudor de quienes ponen el trabajo y los materiales) "hasta la cantidad que éste (el dueño) adeude a aquél (el contratista) cuando se hace la reclamación." Refiere el citado autor que la sentencia de 29 de junio 1936 dijo que la acción del artículo 1597 "más bien que directa ... ha de entenderse una especie de la subrogatoria general." Ahora bien, realmente el Tribunal Supremo lo que quiere expresar en el caso es que se trata de un derecho personal, y no real.

Por último, señala al artículo 1722, en el que se concede al mandante (acreedor) acción contra el sustituto del mandatario (sustituto que es el deudor del mandatario, quien es el deudor del mandante).

Respecto al Código Civil Peruano, y siguiendo los ejemplos propuestos por Albaladejo, podemos citar, como casos de acción directa, los siguientes:

(a) El previsto por el artículo 1693, cuando prescribe que tanto el subarrendatario como el arrendatario están obligado solidariamente ante el arrendador por las obligaciones asumidas por el arrendatario.

El subarrendamiento es el arrendamiento total o parcial del bien arrendado que celebra el arrendatario en favor de un

tercero, a cambio de una renta, con asentimiento escrito del arrendador.

En consecuencia, las partes intervinientes en el acto jurídico, como contratantes, son el arrendatario y el subarrendatario. El arrendador sólo presta su consentimiento.

Desde este punto de vista, es el subarrendatario quien está obligado ante el arrendatario al pago de una renta. Por su parte, el arrendatario está obligado ante el arrendador al pago de la renta por ellos fijada. Sin embargo, en virtud de la solidaridad prevista por el artículo 1693, la ley faculta al arrendador para actuar directamente contra el subarrendatario -vinculado solidariamente- por las obligaciones asumidas por el arrendatario.

(b) El contratista puede subcontratar íntegramente la realización de la obra, con autorización escrita del comitente. En estos casos la responsabilidad frente al comitente es solidaria entre el contratista y el subcontratista, respecto de la materia del subcontrato. Así lo prescribe el artículo 1772 del Código Civil.

Por consiguiente, al igual que en el caso anterior, se trata de un acto jurídico concertado entre el contratista y el subcontratista, en que el comitente únicamente presta su autorización.

Sin embargo, ante cualquier responsabilidad, el comitente puede actuar directamente contra el subcontratista.

(c) Por último, el artículo 158 del Código Civil prevé que el representante queda exento de toda responsabilidad cuando hace la sustitución en la persona que se le designó. Añade el Código que si no se señaló en el acto la persona del sustituto, pero se le concedió al representante la facultad de nombrarlo, éste es responsable cuando incurre en culpa inexcusable en la elección, respondiendo el representante de las instrucciones que imparte el sustituto. Agrega el Código

peruano, como último párrafo de la norma citada, que el representado puede accionar directamente contra el sustituto.

Aquí no necesitamos mayores explcaciones. La ley se refiere a la acción directa del representado contra el sustituto, con prescindencia del representante.

En ninguno de los tres casos propuestos opera la acción indirecta, subrogatoria u oblicua. En ellos se ejercita acción directa por el arrendador, el comitente o el representado, contra el subarrendatario, el subcontratista o el sustituto, respectivamente.

(4) ***Medidas conservatorias.***

Otro derecho del acreedor es adoptar medidas conservatorias.

No obstante lo señalado sobre los efectos de las obligaciones derivadas del artículo 1219 del Código Civil Peruano de 1984, y de las otras acciones no comprendidas en dicho precepto, pero respecto de las cuales nos hemos pronunciado, debemos mencionar que existen medidas conservadoras o conservatorias destinadas a obtener la protección del derecho de crédito. Como señalan los profesores franceses Starck, Roland y Boyer[55], las medidas conservadoras son numerosas y responden a diversos objetivos: el inventario describe la consistencia de una masa de bienes con el fin de su repartición o de su transmisión, evitando la malversación de los objetos mobiliarios con perjuicio de los que tienen derecho; el secuestro conserva los bienes litigiosos en espera de la decisión de la justicia..., etc. No corresponde estudiarlos en este momento. Sólo nos interesan, por ahora, las medidas conservatorias que directamente producen el "congelamiento" de un elemento activo para reservar el beneficio del acreedor prosecutor.

(55) STARCK, Boris, ROLAND, Henri y BOYER, Laurent. Op. cit., Páginas 351 y siguientes.

Por ello nos ocupamos, por último, de las denominadas medidas curativas.

(5) ***Medidas curativas.***

Utilizando los términos de los citados profesores franceses Starck, Roland y Boyer[56], existen una serie de medidas que podrían denominarse "curativas", consistentes en afrontar dentro del tema de la insolvencia, el sobreendeudamiento. En Francia, en la actualidad, el régimen vigente está contenido en la Ley Número 89-1010, del 31 de diciembre de 1989, con las medidas "relativas a la prevención y al reglamento de las dificultades ligadas al sobreendeudamiento de los particulares y familias." Dicha Ley Neiertz se encuentra en el Decreto Número 90-175, del 21 de febrero de 1990, en la circular de aplicación del 21 de febrero de 1990 y en la circular del 30 de noviembre de 1990, relativa a la armonización de los métodos de trabajo de las comisiones.

Uno de los temas que reviste en nuestros días gran interés es el del aumento del crédito. Es sabido que la inestabilidad económica constituye el peor enemigo del desarrollo del crédito en una sociedad. El factor inflacionario, sin lugar a dudas, desalienta las operaciones a crédito, ya que al elevarse las tasas activas de los intereses, muchas veces de manera casi infinita, pocos son los que se animan a prestar y menor aún es el número de aquellos que contraen deudas en esas condiciones.

Durante los años 1987 a 1990, es conocido que en el Perú, debido a una descomunal hiperinflación, prácticamente desapareció el crédito en moneda nacional en algunas áreas de la actividad económica. Con la relativa reactivación de la economía y estabilidad lograda en los últimos años, también ha empezado a renacer el crédito en moneda nacional. Este fenómeno, cuyas consecuencias favorables se vienen percibiendo, también ha sido ex-

(56) STARCK, Boris, ROLAND, Henri y BOYER, Laurent. Op. cit., Páginas 375 y siguientes.

perimentado en Francia. Starck, Roland y Boyer[57], explicando las razones de las reformas habidas en ese país, expresan que la presentación de la Ley por la Secretaría de Estado para el Consumo, expone los fundamentos de dichas innovaciones. En tal sentido, se dice que el último decenio hace resaltar una verdadera explosión del crédito en el consumo; su tasa de crecimiento que era de 6% en 1980 ha pasado a 15% en 1989; correlativamente, las deudas destinadas a menajes franceses representan, en la misma fecha, la mitad de ingresos anuales, contra dos semanas de ingresos por persona hace cuarenta años. Este fabuloso incremento de préstamos está acompañado de una transformación en su naturaleza; el crédito ya no está más afectado a la adquisición de un bien particular; se ofrece en permanencia para financiar cualquier proyecto. Hemos pasado de la venta a plazos, al crédito de la tesorería a través del crédito en el consumo.

Agregan los profesores citados que este crecimiento ha conducido a una nueva situación denominada sobreendeudamiento y cuyas causas son claramente identificadas. La primera reside en la sorprendente ignorancia de los prestatarios, quienes en su mayoría no conocen ni la tasa de interés ni la duración de los préstamos que contraen. La segunda, llevada a la práctica por ciertos bancos, que ponen su crédito sin informar sobre las capacidades financieras de reembolso y que recurren a una publicidad casi dolosa ocultando a los clientes el costo real de la operación. La tercera proviene de sucesos que afectan la existencia, tales como la enfermedad, el divorcio, el desempleo, los accidentes de tránsito que privan a un obrero, por ejemplo, de la posibilidad de trabajo, pero que él debe continuar pagando por mensualidades. Y por encima de estas razones particulares, importa realzar la aparición de una nueva corriente en que la idea del crédito ya no se descarta y quiere satisfacer todos sus deseos en el momento, sin esperar recolectar los frutos del ahorro; hoy se puede hablar de un "crédito según el estilo de vida."

(57) STARCK, Boris, ROLAND, Henri y BOYER, Laurent. Op. cit., Páginas 375 y siguientes.

Continúan señalando Starck, Roland y Boyer que frente a la angustia de ciertas familias presas en el espiral de gastos arraigados en el subconsciente, el Derecho Francés no ofrece ninguna respuesta adecuada que permita un examen global del estado de endeudamiento. El Código Civil no prevé, ciertamente, más que el fracaso en incluirle ciertos efectos a corto plazo (caducidad del plazo, dispensa de la concesión, postergación de la gracia), interviniendo sólo en las relaciones bilaterales del deudor con cada uno de sus acreedores. Muchas proposiciones diversas se habían planteado a favor de la adopción de un reglamento global de los pasivos particulares, principalmente una enmienda propuesta con ocasión de la ley del 23 de junio de 1989, que formulaba un plan de reescalonamiento y de disminución de las deudas y, a falta del acuerdo del acreedor, la liquidación del patrimonio del deudor, o incluso una propuesta de ley presentada el mismo año tendiente a instaurar un legítimo fracaso civil.

A entender de los profesores citados, el rechazo de un sistema tal se funda en diferentes consideraciones: su costo de puesta en marcha, la nota de infamia tradicionalmente ligada a la idea de fracaso y también el riesgo de irresponsabilidad de los prestatarios extraída en la liberación constitutiva de la liquidación del patrimonio.

En estas condiciones, concluyen Starck, Roland y Boyer, el Gobierno Francés, preocupado de no llegar a la liberación del crédito y de no demostrar la idea de que se pueda endeudar sin reembolsar, optó por una solución pragmática, bajo reserva de hacer un resumen de aplicación de las nuevas medidas dos años más tarde. El dispositivo utilizado es híbrido; no constituye un procedimiento colectivo en el sentido comercial del término, ya que no todos los acreedores están asociados, ni sus créditos verificados, y no existe auspicio de un mandatario de justicia; tampoco instaura un restablecimiento judicial falto de efecto liquidativo; se contenta, en definitiva, con organizar una moratoria judicial.

En lo que respecta al régimen peruano sobre este tema, consideramos imprescindible referir al lector a la denominada Ley de Reestructuración Empresarial, Decreto Ley Número 26116 de

24 de diciembre de 1992, y a todas las normas complementarias y reglamentarias expedidas con posterioridad.

El objeto de dicha norma fue el de incorporar a nuestro ordenamiento jurídico la institución de la reestructuración empresarial, a fin de tratar de hacer posible la continuidad de las actividades productivas de una empresa cuyos pasivos amenazan con poner fin a sus operaciones, con el consecuente perjuicio económico y social que ello importa.

De este modo, un acreedor o varios acreedores, así como la propia empresa, pueden ampararse en la ley que nos ocupa para, conjuntamente, hacer posible su reflotamiento, evitando el cierre de la misma.

No obstante, luego de un año y medio de vigencia, el espíritu de la norma se encuentra en franca contradicción con su aplicación práctica, por cuanto los acreedores han encontrado un medio ideal de coerción para solicitar el pago de sus créditos. Así, los mecanismos contemplados en la ley están siendo utilizados como una presión contra la empresa deudora para el pago de las obligaciones, bajo amenaza de declararla insolvente y de que los acreedores tomen su control.

En cuanto al contenido de la Ley de Reestructuración Empresarial y su Reglamento, encontramos una serie de instituciones con sus normas sustantivas y procesales que tratamos por separado.

A. *Declaración de insolvencia.*

La solicitud de declaración de insolvencia es el paso inicial por el cual un acreedor o la empresa misma se presentan ante la Comisión de Simplificación del Acceso y Salida del Mercado de INDECOPI o ante la Comisión de Reestructuración Empresarial del Colegio de Abogados, como institución delegada, solicitando la declaración de insolvencia.

Como se ha dicho, de acuerdo con la ley y al reglamento, la declaración de insolvencia puede ser solicitada por un acreedor o grupo de acreedores o por la empresa misma, con diferentes requisitos para cada caso, que pasamos a detallar.

(a) Si es solicitada por uno o varios acreedores:

- Tener una deuda impaga.
- Que el monto de dicha deuda supere las 50 unidades impositivas tributarias vigentes en la fecha de la solicitud.
- Que la deuda esté vencida y no haya sido pagado dentro de los 30 días naturales siguientes a su vencimiento.

(b) Si es solicitada por la misma empresa deudora:

- Acreditar tener pérdidas que reduzcan su patrimonio a una cantidad inferior a la tercera parte. Para esto deberá acompañar los siguientes documentos:

  . Copia del Balance General y del Estado de Ganancias y Pérdidas.

  . Estados de cambio en el Patrimonio Neto durante los tres últimos años.

  . Estados de flujo en efectivo en los últimos doce meses y proyectado a los doce meses siguientes.

  . Descripción de la situación de la empresa, con la indicación de los factores que han afectado su marcha.

  . Relación de los acreedores con indicación de los montos adeudados y las fechas de vencimiento.

Presentada y verificada la solicitud, la Comisión cita al deudor para que acredite su capacidad de pago o haga el descargo correspondiente dentro de los 10 días útiles de notificado.

De esta manera, dentro del plazo citado, el deudor puede:

(1) Oponerse a la solicitud del acreedor, acreditando haber cancelado la deuda materia de la misma.

(2) Demostrar su capacidad de pago mediante alguna de las siguientes modalidades:

(2.1) Cancelando u ofreciendo cancelar la deuda que dio origen a la solicitud.

(2.2) Otorgando u ofreciendo otorgar garantía a favor del acreedor.

En cualquier caso, es potestad del acreedor aceptar los ofrecimientos del deudor, y puede rechazarlos si no los encuentra a su satisfacción.

Transcurrido el plazo de diez días, la Comisión adopta una de las siguientes medidas:

(i) Comprueba si el deudor tiene capacidad de pago; esto es, si ha pagado la deuda o si el acreedor ha aceptado el ofrecimiento de pago o la garantía. En este caso, denegará por resolución la solicitud de insolvencia.

(ii) En caso contrario, si se comprueba que no tiene capacidad de pago por no haberse presentado a la citación o por no haber aceptado el acreedor su ofrecimiento de pago o garantía, se expedirá la resolución que declara la insolvencia del deudor.

Con la declaración de insolvencia, empieza propiamente el proceso de reestructuración empresarial, el mismo que se inicia con la Junta de Acreedores.

B. ***Junta de acreedores.***

A fin de darle publicidad, la declaración de insolvencia que contiene la convocatoria a Junta de Acreedores se publica en el Diario Oficial "El Peruano".

La Junta estará conformada por los acreedores que hayan presentado ante la Comisión los títulos que acrediten la existencia de sus créditos, estén o no vencidos, hasta el décimo día útil anterior a la fecha señalada para la realización de la Junta.

La Comisión evaluará los créditos presentados y, por resolución, reconocerá la validez de los mismos.

Reunidos los acreedores en la fecha señalada, elegirán a un Presidente y un Vice-Presidente, tomando en consideración la proporción de los créditos representados.

La Junta de Acreedores, una vez instalada, decidirá el destino de la empresa, que podrá ser:

a) La continuación de la actividad de la empresa, es decir, la reestructuración de la misma.

b) La disolución y liquidación de la empresa.

c) La declaración judicial de quiebra.

C. ***Reestructuración de empresas.***

Para que la Junta elija este destino se requiere el voto de los acreedores que representen créditos por un importe superior al 70% del total de los mismos, así como tener en cuenta las posibilidades de rehabilitar la empresa atendiendo a las causas que dieron origen a la insolvencia, el monto necesario para que la empresa muestre un patrimonio positivo, la posible venta de acciones, el posible cobro de créditos pendientes de pago, etc.

Adoptado este destino para la empresa, la misma entrará en proceso de reestructuración por un plazo prorrogable de un año; la Junta decidirá el régimen de administración temporal que deberá tener la empresa y que podrá ser:

a) La continuación del mismo régimen de administración, con lo que se mantiene a los funcionarios y empleados y la Junta designa dos representantes en el Directorio que tendrán voz pero no voto.

b) La administración de la empresa por un banco, acreedor o no de la misma.

En este caso, el administrador designado sustituirá de pleno derecho en sus facultades a los directores, representantes legales y apoderados.

En ambos casos, quedan en suspenso todas las normas del estatuto referidas a la administración de la empresa hasta la conclusión del proceso de reestructuración.

El administrador deberá presentar al juez civil el acuerdo de reestructuración adoptado por la Junta. El juez, por su parte, expedirá resolución ordenando el levantamiento de todas las medidas de embargo trabadas sobre bienes de la empresa, así como la suspensión de todos los procesos judiciales que se sigan contra ella que tengan como objeto la ejecución de garantías reales o embargos definitivos sobre bienes de la misma.

En cuanto al pago de obligaciones que tuviera pendientes la empresa, éstas quedarán sujetas al plan de reestructuración que presentará la administración de la empresa y que deberá ser aprobado por la Junta. Si el plan no es aprobado, la Junta concederá un plazo de quince días al administrador para que lo adecúe a sus exigencias o lo removerá del cargo, nombrando a un nuevo administrador que deberá presentar un nuevo plan.

Si este nuevo plan de reestructuración tampoco es aprobado, la Junta decidirá la liquidación extrajudicial o quiebra de la empresa.

Durante el proceso de reestructuración, los acreedores que representen créditos superiores al 50% del total de acreencias, podrán solicitar la liquidación extrajudicial o quiebra si consideran que no es posible continuar con el proceso.

Vencido el plazo de reestructuración, caducan las funciones de la Junta que son asumidas por la Junta General de Accionistas, quienes elegirán la nueva administración de la empresa.

Asimismo, quedan sin efecto las medidas que ordenaron el levantamiento de los embargos y suspensión de los procesos judiciales.

D. *Disolución y liquidación extrajudicial de empresas.*

Para que la Junta tome la decisión de liquidar extrajudicialmente la empresa se requiere el acuerdo de acreedores cuyos créditos representen un monto superior al 70% del total de los mismos.

Adoptado el acuerdo de liquidación, los acreedores, dentro de los diez días hábiles siguientes, procederán a celebrar el convenio de liquidación extrajudicial de los bienes de la empresa, el mismo que deberá inscribirse en el Registro Público correspondiente.

El convenio podrá versar sobre:

- La liquidación de los bienes del deudor.
- La condonación de parte de sus deudas.
- La ampliación del plazo de sus obligaciones.
- La refinanciación del pago de sus obligaciones.

- Cualquier otro acto que tenga relación con el pago de obligaciones y liquidación de bienes de la empresa.

La liquidación se sujetará a las siguientes reglas:

- El convenio designará al Banco que ejercerá las funciones de liquidador.
- El liquidador tendrá las facultades que señalan la Ley General de Sociedades y la Ley de Reestructuración Empresarial.
- El liquidador observará lo acordado por la Comisión con respecto al reconocimiento de los créditos presentados por los acreedores.
- El convenio es obligatorio para la empresa y para los acreedores y, para modificarlo, se requerirá el voto de acreedores que representen el 70% del monto total de los créditos.
- La presentación del convenio de liquidación extrajudicial pone fin a todas las acciones judiciales que tengan como objeto el cobro de los créditos, siempre que no hubiesen sido oportunamente reconocidos. Los expedientes correspondientes serán entregados a la Comisión para el análisis de los créditos.

E. ***Quiebra de empresas.***

La quiebra de una empresa se puede solicitar una vez declarada la insolvencia e instalada la Junta, en cualquiera de los siguientes casos:

(a) Si la deciden acreedores que representen el 70% del monto total de los créditos reconocidos.

(b) Cuando el plan de reestructuración presentado por el administrador designado para la reestructuración de la empresa es desaprobado en dos oportunidades.

(c) Cuando en pleno proceso de reestructuración la Junta observa que ésta no es posible y decida la quiebra.

(d) Cuando en el caso de haberse acordado la liquidación de la empresa no se haya celebrado el convenio de liquidación extrajudicial dentro del plazo previsto por la ley.

(e) Cuando en el caso de haberse liquidado la empresa, los bienes no hayan alcanzado para cubrir los créditos.

La quiebra, por otra parte, puede ser solicitada ante el juez especializado en lo Civil por cualquiera de las siguientes personas:

(1) El Presidente de la Junta, siempre que la misma haya acordado la quiebra de la empresa.

(2) El Presidente de la Junta, en caso de que, habiéndose acordado la liquidación de la empresa, no se haya aprobado o redactado el convenio de liquidación extrajudicial.

(3) El liquidador, en caso que los bienes no hayan alcanzado para cubrir los créditos una vez finalizado el proceso de liquidación extrajudicial de la empresa.

(4) El fiscal provincial, cuando la empresa oculte sus bienes y no se haya nombrado al nuevo administrador.

(5) La Comisión, cuando una vez declarada la insolvencia y convocada la Junta, ésta no se realiza hasta la tercera convocatoria.

(6) Las demás personas facultadas por ley.

Presentada la solicitud, el juez civil convocará a las partes para luego expedir resolución mediante la cual declara la quiebra de la empresa.

No obstante, dicha resolución puede rechazar la solicitud de quiebra sólo en alguno de los dos casos siguientes:

(i) Si la empresa consigna fondos suficientes para el pago de los créditos que hubiesen originado la solicitud de quiebra.

(ii) Si otorga garantías reales o personales en beneficio de los acreedores y con su aceptación.

Asimismo, si dentro de los tres días siguientes a la última publicación del auto que declara la quiebra (se publica en el Diario Oficial "El Peruano" por dos días consecutivos), la empresa consigna los fondos suficientes para el pago de los créditos, el juez levantará la quiebra sin más trámite.

La resolución que declara o rechaza la solicitud de quiebra es apelable en ambos efectos dentro de los tres días útiles siguientes a la última publicación.

La ratificación de la entidad o banco liquidador, la orden de incautación de bienes, libros, etc., la acumulación de procesos seguidos contra la empresa que pueden afectar sus bienes al proceso de quiebra, así como las demás disposiciones pertinentes, deberán estar contenidas en la resolución que declara la quiebra.

(I) Efectos de la declaratoria de quiebra.

- La administración de los bienes futuros que adquiera la empresa corresponderá al banco o entidad liquidadora.

- Produce retroactivamente la nulidad de los gravámenes o transferencias, las cesiones de inmuebles que se efectúen en pago de obligaciones de plazo no vencido, las garantías reales constituidas sobre bienes de la empresa, los actos y contratos celebrados a título oneroso que no se refieran al desarrollo normal de su objeto social y las compensaciones efectuadas con créditos adquiridos contra la empresa por cesión o endoso, dentro de los seis meses calendario anteriores a la fecha del acuerdo de la Junta de Acreedores que decide la correspondiente quiebra y liquidación judicial.

No obstante, queda protegido el derecho del tercero que adquiere con buena fe registral.

La acción de nulidad prescribe a los dos años de la fecha del acto o contrato nulo y sólo podrá ser interpuesta por el banco o entidad liquidadora.

(II) Atribuciones del banco o entidad liquidadora.

El banco o entidad liquidadora representa el interés de los acreedores, así como los derechos de la empresa, con todas las atribuciones y obligaciones que ello implica, con arreglo a la Ley de Reestructuración y a la Ley General de Sociedades.

Sus funciones terminan en alguno de los siguientes casos:

(a) Por haber concluido la liquidación.
(b) Por remoción del cargo, acordado por la Junta con el voto de acreedores que representen el 50% del monto total de créditos.

(III) Liquidación de la quiebra.

El proceso de liquidación de la quiebra no podrá exceder de dos años contados desde la fecha del auto judicial, salvo que la Junta prorrogue dicho plazo a su vencimiento.

El banco o entidad liquidadora procederá a liquidar los negocios de la empresa, realizando todos los actos y contratos y efectuando los gastos que, a su juicio, sean necesarios para conservar el patrimonio de la empresa. Asimismo, deberá pagar los créditos conforme al orden de preferencia que se detalla más adelante.

(IV) Sobreseimiento de la quiebra.

El sobreseimiento del proceso de quiebra puede ser temporal o definitivo.

Es temporal y puede ser solicitado al juez de la causa cuando:

(a) No existiere ningún bien perteneciente a la empresa.

b) El activo no alcanzase para cubrir los gastos necesarios para la continuación del proceso.

El sobreseimiento temporal deja subsistente el estado de quiebra pero restituye a los acreedores el derecho de ejecutar individualmente a la empresa.

El sobreseimiento definitivo se solicita:

(1) Cuando la Junta de Acreedores acuerda desistirse de la quiebra.

(2) Cuando la empresa consigna el importe de los créditos vencidos y costas judiciales y ofrece garantías a satisfacción de los acreedores por los créditos no vencidos.

(3) Cuando todos los créditos han sido pagados con el producto de los bienes realizados en la quiebra.

(4) Cuando ha transcurrido el plazo de dos años de iniciado el proceso de liquidación de quiebra.

En cualquier momento, antes de que la quiebra sea sobreseída en forma definitiva, se puede solicitar se deje sin efecto el sobreseimiento temporal, siempre y cuando se acredite la existencia de fondos necesarios para atender los gastos que demande el proceso de quiebra.

(V) Clausura de la quiebra.

Pagados los créditos o agotado el activo, el juez expedirá resolución declarando el sobreseimiento definitivo del proceso, el cual produce la extinción de la empresa.

Los acreedores que no sean pagados por insuficiencia de la masa, sólo conservarán acción contra la empresa sobre los bienes que ésta adquiera después de terminada la quiebra (no se entiende cómo, si, según la misma ley, finalizado el proceso de quiebra se extingue la empresa) o contra el remanente si lo hubiera (tampoco se entiende cómo, ya que si existe un remanente es porque previamente se pagaron todos los créditos).

(VI) Preferencia de créditos.

De acuerdo con la ley y con el reglamento, el orden de preferencia de los créditos es el siguiente:

a) Los créditos que tengan como origen el pago de remuneraciones y beneficios sociales adeudados a los trabajadores.

b) Los créditos alimentarios.

c) Los créditos que tengan tributos como origen.

d) Los créditos garantizados con hipoteca, prenda o anticresis por el deudor, respecto de los bienes afectos a la garantía.

e) Los demás créditos, según su antigüedad.

La preferencia de créditos implica que unos excluyen a los otros.

- ***Jurisprudencia peruana del artículo 1219.***

Con relación al inciso primero de este artículo, es decir, al derecho del acreedor de emplear las medidas legales a fin de que el deudor le procure aquello a que está obligado, hemos hallado las siguientes Ejecutorias Supremas:

I.- "La prueba del pago corresponde actuarla a quien afirma haberlo efectuado.

No tiene valor la afirmación de que no se le adeuda suma alguna, que hace el constructor en una escritura de declaración de fábrica, si por otros medios puede acreditarse que el pago no ha sido satisfecho íntegramente por el propietario; lo contrario sería admitir que el propietario se enriqueciera indebidamente a expensas del constructor." Ejecutoria del 21 de septiembre de 1965. Revista de Jurisprudencia Peruana, Número 263, 1965, Página 1476. (Artículos 1233, inciso 1, 1234, 1254, 1282, 1324 y 1325 del Código Civil de 1936 y 1220, 1229, 1324 y 1333 del Código Civil de 1984).

II.- "Se puede demandar en la vía ordinaria, pero no como acción cambiaria, el pago de una deuda que constituye saldo de precio de una compraventa y que consta de documento que no importa una letra de cambio.

Ello procede si el documento está suscrito por el demandado, porque resulta probado que la deuda es cierta, aunque sea inapropiada la denominación que las partes dieron a dicho documento y aun cuando el demandante haga citas impertinentes de disposiciones legales." Revista de Jurisprudencia Peruana, 1970, Páginas 198 a 200. (Artículo 1233, inciso 1, del Código Civil de 1936).

III.- "Caso de validez de convenio extra-judicial entre el ejecutado y sus acreedores.

Procedencia de la suspensión de la tramitación del proceso.

Aplicación del artículo 15 del Decreto Ley número 18357." Ejecutoria del 17 de agosto de 1978. "El Peruano", Número 11523, primero de abril de 1979. (Artículo 1233, inciso 1, del Código Civil de 1936).

Con referencia al tema que contempla el inciso tercero del artículo 1219, es decir al derecho del acreedor a obtener del deudor la indemnización correspondiente, tenemos la siguiente Ejecutoria Suprema:

I.- "La declaración de los vendedores que sobre el bien objeto del contrato no existe acto o contrato que limite su libre disposición de dominio, los obliga a transferir el inmueble totalmente libre para que los compradores ejerzan de inmediato su derecho de posesión.

El ocultamiento de que el inmueble estaba ocupado por un arrendatario, demuestra la mala fe del vendedor que obliga a indemnizar los daños y perjuicios que sufre el comprador como consecuencia de ese hecho." Ejecutoria del 4 de enero de 1977. Revista de Jurisprudencia Peruana, Número 396, 1977, Página 68. (Artículos 1254, inciso 2, 1320, 1321, 1323 y 1325 del Código Civil de 1936 y 1321, 1324, 1328 y 1333, inciso 2, del Código Civil de 1984).

Vinculadas con el inciso cuarto del artículo 1219 del Código Civil vigente, es decir, con el derecho del acreedor de ejercer los derechos del deudor, sea en vía de acción o para asumir su defensa, con excepción de los que sean inherentes a la persona o cuando lo prohíba la ley, citamos las siguientes Ejecutorias Supremas:

I.- "Los acreedores de quien tiene derechos adquiridos por un contrato, pueden ser autorizados para reclamarlos, si no lo hiciere el deudor en su debido tiempo." Ejecutoria del 2 de diciembre de 1898, Calle "Vistas Fiscales", Tomo I, Página 11. (Artículo 1233, inciso 4, del Código Civil de 1936).

II.- "Los herederos del acreedor pueden reclamar los derechos del deudor, si éste no los reclama a su debido tiempo." Anales Judiciales, 1908, Página 299. (Artículo 1233, inciso 4, del Código Civil de 1936).

III.- "El acreedor de quien tiene derechos adquiridos en una sucesión, puede reclamarlos si a su tiempo no lo hiciere su deudor." Ejecutoria del primero de junio de 1932. Revista de los Tribunales, Página 130. (Artículo 1233, inciso 4, del Código Civil de 1936).

IV.- "El acreedor que dio dinero, garantizado con los derechos que el deudor tenía como arrendatario de un bien, está facultado para demandar directamente su devolución al propietario del inmueble del que fue desahuciado el deudor, si éste hizo mejoras en el bien por un valor no recuperado debido a la desposesión del inmueble, y si el dinero prestado fue invertido en dichas mejoras." Revista de los Tribunales, 1935, Página 138. (Artículo 1233, inciso 4, del Código Civil de 1936).

V.- "El acreedor hipotecario tiene derecho para reclamar los derechos que sus deudores tienen adquiridos por un contrato, en cuanto la omisión de tal reclamación perjudica la integridad de su crédito y la eficacia de la garantía que le favorece, así sea segunda hipoteca dicha garantía." Anales Judiciales, 1935, Página 130. Revista de los Tribunales, 1935, Página 172. (Artículo 1233, inciso 4, del Código Civil de 1936).

VI.- "El acreedor hipotecario está autorizado para interponer recurso de nulidad contra la sentencia que declara fundada la demanda de rescisión del contrato de venta otorgado a favor del deudor de aquél, si dicho deudor demandado en el juicio de rescisión no interpone el mencionado recurso." Anales Judiciales, 1935, Página 40. Revista de los Tribunales, 1935, Página 55. (Artículo 1233, inciso 4, del Código Civil de 1936).

VII.- "Para ejercitar la acción subrogatoria o indirecta no se requiere autorización judicial previa; tampoco es obligatoria la citación previa del deudor: la omisión sólo origina como consecuencia que la sentencia no produzca los efectos de la cosa juzgada contra quienes no han sido citados." Ejecutoria del 2 de octubre de 1936. Revista de los Tribunales, Página 381. (Artículo 1233, inciso 4, del Código Civil de 1936).

VIII.- "El acreedor puede intervenir en un juicio seguido contra su deudor para los efectos de anular lo actuado en dicho procedimiento y resguardar así su derecho sobre los bienes del

mencionado deudor." Revista de los Tribunales, 1937, Página 233. Revista del Foro, 1937, Página 553. (Artículo 1233, inciso 4, del Código Civil de 1936).

IX.- "Uno de los efectos de la obligación es la autorización que tiene el acreedor para ejercer los derechos de su deudor; aplicación del nuevo Código." Ejecutoria del 21 de mayo de 1937. Revista de los Tribunales, Página 233. (Artículo 1233, inciso 4, del Código Civil de 1936).

X.- "La facultad concedida al acreedor por el inciso 4 del artículo 1233 del Código Civil, no se refiere únicamente al caso en que el acreedor sea demandante. También se ejerce esa facultad saliendo al juicio en que el deudor es demandado." Anales Judiciales, 1945, Página 348; 1947, Página 80. Revista de los Tribunales, 1945, Página 24. Revista de Jurisprudencia Peruana, 1946, Página 211. (Artículo 1233, inciso 4, del Código Civil de 1936).

XI.- "En ejercicio de la acción subrogatoria, el acreedor está facultado para continuar el juicio de aviso de despedida iniciado y dejado en suspenso maliciosamente por su deudor. El nuevo arrendatario puede pedir el lanzamiento del anterior arrendatario, que el locador omite solicitar por haber entrado en concierto fraudulento con el conductor cuyo contrato ha concluido." Anales Judiciales, 1954, Página 46. Revista de Jurisprudencia Peruana, 1954, Página 1233. Revista Jurídica, 1954, Página 248. (Artículo 1233, inciso 4, del Código Civil de 1936).

XII.- "La esposa que ha seguido juicio de alimentos contra su esposo tiene derecho a contradecir la sentencia dictada en juicio ejecutivo contra su marido, por obligación simulada, para obtener el levantamiento del embargo trabado sobre los bienes de la sociedad legal." Revista de Jurisprudencia Peruana, 1955, Página 2252. (Artículo 1233, inciso 4, del Código Civil de 1936).

XIII.- "La víctima de un acto ilícito puede demandar directamente

a la compañía aseguradora la indemnización de los daños causados por el asegurado en virtud de lo dispuesto en los artículos 1354 y 1233 del Código Civil." Ejecutoria del 15 de septiembre de 1958. Revista de Jurisprudencia Peruana, Número 178, 1958, Página 1229. (Artículo 1233, inciso 4, del Código Civil de 1936).

XIV.- "A tenor de lo dispuesto por el inciso 4 del artículo 1233 del Código Civil, sólo es en vía de acción, en el juicio que promueva el acreedor, que puede éste ejercer los derechos del deudor, citando al obligado en dicho proceso, mas no como ocurre en autos, intervenir en esta ejecución, desvirtuando su objetivo y trámite expeditivo sin hacer valer su alegado derecho en la previa acción pertinente." Ejecutoria del 10 de febrero de 1983. "El Peruano", Número 13049, 28 de marzo de 1983. (Artículo 1233, inciso 4, del Código Civil de 1936).

- ***Concordancias nacionales.***

Ejecución de la obligación de hacer por persona distinta del deudor, artículo 1149 del Código Civil / Medidas en caso de incumplimiento de obligación de hacer, artículo 1150 del Código Civil / Medidas en caso de incumplimiento parcial, tardío o defectuoso de obligación de hacer, artículo 1151 del Código Civil / Indemnización, artículo 1152 del Código Civil / Incumplimiento de obligación de no hacer, artículo 1158 del Código Civil / Derecho de indemnización, artículo 1159 del Código Civil / Responsabilidad en sociedades irregulares, artículo 387 de la Ley General de Sociedades / Derecho a ejecución ante disolución de sociedades irregulares, artículo 395 de la Ley General de Sociedades.

TITULO II

Pago

CAPITULO PRIMERO

Disposiciones generales

- **PAGO. CONCEPTO.**

Artículo 1220.- "*Se entiende efectuado el pago sólo cuando se ha ejecutado íntegramente la prestación.*"

- ***Fuentes nacionales del artículo 1220.***

Dentro de la legislación colonial, podemos mencionar a la *Ley de las Siete Partidas*, Ley 3, Título XIV, Partida Quinta: "**Pagamiento deuesse fazer de tales cosas como fueron puestas e prometidas.**"

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*, trataba el tema en su artículo 2897: "Pago en general es el cumplimiento de una obligación; y pago propiamente dicho la entrega de la cosa debida."; en tanto que el *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925*, lo hacía en el numeral 196: "No se entenderá pagada una deuda sino cuando completamente se hubiere entregado la cosa, o hecho la prestación en que la obligación consistía."; el *Segundo Anteproyecto de*

Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926, en el artículo 186: "No se entenderá pagada una deuda sino cuando se hubiese entregado la cosa o hecho la prestación en que la obligación consistía."; el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936*, en el artículo 1225: "No se entenderá efectuado el pago sino cuando se hubiese cumplido por completo la prestación en que la obligación consiste."; y el *Código Civil de 1936*, en el numeral 1234: "No se entenderá efectuado el pago sino cuando se hubiese cumplido por completo la prestación en que la obligación consiste."

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973*, abordaba el tema en el artículo 84: "No se entenderá efectuado el pago sino cuando se hubiese cumplido por completo la prestación en que la obligación consiste."; en tanto que el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980*, lo hacía en el numeral 87: "Sólo se entenderá efectuado el pago cuando se hubiera ejecutado íntegramente la prestación objeto de la obligación."; el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981*, en el artículo 1241: "Se entiende efectuado el pago sólo cuando se hubiera ejecutado íntegramente la prestación."; y, finalmente, el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984*, en el artículo 1188: "Se entiende efectuado el pago sólo cuando se ha ejecutado íntegramente la prestación."

- ***Fuentes y concordancias extranjeras.***

Antes de tratar acerca de las fuentes y concordancias extranjeras del Código nacional, queremos mencionar los preceptos de algunos Códigos que establecen reglas generales respecto de la extinción de las obligaciones.

En tal orden de ideas, el Código Civil Egipcio (artículo 240) dispone que las obligaciones se extinguen por resolución cuando deviene imposible su ejecución.

El Código Etíope (artículo 1806) señala que la obligación se extingue cuando ésta se ejecuta conforme al contrato. Este Código Civil efectúa además una enumeración de los medios extintivos de las obligaciones (artículo 1807), prescribiendo que la obligación se extingue paralelamente: 1) Cuando el contrato en el cual se ha estipulado, es anulado o resuelto; 2) Cuando una o ambas partes, autorizada por el contrato, decide ponerle fin; 3) Cuando las partes convienen vía novación de sustituirla por una nueva obligación; 4) Cuando la compensación se produce entre una obligación y otra debida por el acreedor al deudor; 5) Cuando las cualidades de acreedor y deudor vienen a ser confundidas; 6) Cuando un cierto plazo se vence sin que la ejecución se haya demandado.

El Código Civil Argentino sigue similar metodología, cuando establece (artículo 724) que las obligaciones se extinguen: por el pago, por la novación, por la compensación, por la transacción, por la confusión, por la renuncia de los derechos del acreedor, por la remisión de la deuda y por la imposibilidad del pago.

El Anteproyecto Llambías de 1954 (artículo 220) no se aparta de la técnica del Código de Vélez Sarsfield, cuando señala, bajo el epígrafe de "Modos de extinción", lo siguiente: Sin perjuicio de lo dispuesto por este Código, las relaciones jurídicas, en general, se extinguen: 1.- Por la resolución, revocación y rescisión de los actos jurídicos originarios de las mismas; 2.- Por la transacción sobre derechos litigiosos o dudosos; 3.- Por la renuncia de su derecho efectuada por el titular; 4.- Por la omisión del ejercicio de los derechos correspondientes dentro del término prefijado por la ley al efecto; 5.- Por la confusión; 6.- Por la imposibilidad de su subsistencia, sobrevenida sin culpa de las partes; 7.- Por el fallecimiento del titular, tratándose de derechos intransmisibles por herencia.

El Proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones y Contratos de 1927 (artículo 87) precisa lo siguiente: "El deudor está obligado a la ejecución completa de la obligación o, en su defecto, a indemnización por daños y perjuicios."

Ahora bien, coinciden con el artículo 1220 del Código Civil Peruano, entre otros, los Códigos Civiles Hondureño de 1906 (artículo 1422), Portorriqueño de 1930 (artículo 1111), Panameño (artículo 1044), Uruguayo (artículo 1448), Anteproyecto de Código Civil Boliviano de Angel Ossorio y Gallardo de 1943 (artículo 854, primer párrafo), Paraguayo de 1987 (artículo 547), Español (artículo 1157) y Egipcio (artículo 231).

El Código Civil Francés (artículo 1235) establece que todo pago supone una deuda: lo pagado sin ser debido está sujeto a repetición. No se admite la repetición con respecto a las obligaciones naturales que hayan sido voluntariamente cumplidas.

Por su parte, el Código Civil Alemán (artículo 362) señala que la relación obligatoria se extingue cuando la prestación debida es efectuada al acreedor.

El Código Civil Argentino (artículo 725) define el pago, cuando señala que éste es el cumplimiento de la prestación que hace el objeto de la obligación, ya se trate de una obligación de hacer, ya de una obligación de dar.

Debemos mencionar, además, que los Códigos Ecuatoriano y Chileno, en los artículos 1637 y 1539, respectivamente, establecen que cuando concurran entre unos mismos acreedores y deudores diferentes deudas, cada una de ellas podrá ser satisfecha separadamente; y, por consiguiente, el deudor de muchos años de una pensión, renta o canon, podrá obligar al acreedor a recibir el pago de un año, aunque no le pague al mismo tiempo los otros.

Por su parte, el Código Civil Argentino contiene, respecto al pago, un precepto de mucha importancia. Nos referimos al artículo 738, que establece que cuando por el pago deba transferirse la propiedad de la cosa, es preciso para su validez, que quien lo hace sea propietario de ella y tenga capacidad de enajenarla. Si el pago fuese de una suma de dinero o de otra cosa que se consuma por el uso, no puede ser repetido contra el acreedor que la haya consumido de buena fe.

- ***Análisis.***

Con el pago, el Código Civil de 1984 inicia el tratamiento de las formas o medios generales de extinción de las obligaciones.

- ***Los medios generales extintivos de las obligaciones.***

Debido a la gran importancia de este tema, desarrollaremos en primer término las opiniones de ilustres tratadistas sobre la naturaleza jurídica de los medios extintivos de una obligación, singularmente del pago, para luego emitir nuestros propios conceptos.

(A) ***Posición de Eduardo Dato.***

El profesor español Eduardo Dato, en el prólogo de la Edición en Español de la obra "*La Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno*" del maestro italiano Giorgio Giorgi[1], expresa que no todas las obligaciones se extinguen de la misma manera o por una causa única. Por el contrario, las legislaciones reconocen y admiten diversos modos o motivos de extinción, constituyendo su ordenación legal uno de los capítulos más importantes del tratado de las obligaciones.

Sistematizando el asunto -anota Eduardo Dato-, los tratadistas han procurado fijarlos adecuadamente partiendo de distintos puntos de vista. Sabido es, en efecto, que Pothier señalaba siete: el pago real, la consignación, la compensación, la confusión, la novación, el perdón de la deuda y la pérdida de la cosa debida. Más sistemático, Ahrens señaló tres modos primarios, por así decirlo: la ejecución, la convención y la imposibilidad; dividiendo después la ejecución en dos modalidades distintas, una directa y otra indirecta; y subdividiendo, a su vez, la directa en extinción completa e incompleta. Dentro de dicho sistema se extin-

(1) DATO, Eduardo. En GIORGI, Giorgio. Op. cit., Volumen I, Páginas LVI y LVII.

guen las obligaciones por ejecución de un modo completo por el pago y de un modo incompleto por la cesión de bienes; por ejecución indirecta, se produce su extinción mediante composición o compensación, por convención en los casos de mutuo disenso, remisión, novación, transacción y compromiso; y por imposibilidad, por alguno de los tres modos siguientes: primero, por razón del sujeto, en virtud de la muerte de los contratantes, cuando por ser personalísimos los derechos y los deberes creados por ellos no pueden pasar éstos a los herederos, y en algunos otros casos; segundo, por razón del objeto, cuando se extingue la cosa debida; y tercero, por razón de la obligación misma, a consecuencia de la confusión, de la rescisión, de la condición resolutoria y de la prescripción.

Algunos escritores modernos -continúa diciendo Dato-, entre ellos Felipe Sánchez Román, distinguen los expresados modos de extinción en generales y especiales, según que puedan producirse en todas las obligaciones o tan sólo en algunas de ellas, hallándose en el primer caso el pago con sus diversas modalidades de imputación, subrogación, oferta, consignación, cesión de bienes y adjudicación, y el mutuo disenso, la compensación, la confusión, la novación, la remisión, la rescisión y la prescripción; y estimándose como especiales el plazo, la condición resolutoria, la muerte de los contrayentes y la extinción de la cosa debida, aplicables, como es sabido, sólo a ciertas clases de obligaciones.

(B) ***Posición de Pedro N. Cazeaux y Félix A. Trigo Represas.***

Para los tratadistas argentinos Pedro N. Cazeaux y Félix A. Trigo Represas[2], los modos de extinción pueden ser agrupados ateniéndose a distintos criterios.

Tomando en cuenta la manera de producirse la extinción, se pueden agrupar en dos categorías: los medios que actúan **ipso**

(2) CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Tomo II, Páginas 101 y 102.

jure o de pleno derecho, por su sola virtualidad, como el pago; y los que funcionan **ope exceptionis**, o sea por vía de excepción o defensa, entre los que se menciona a la prescripción, que requiere su invocación por el deudor para la producción de su efecto extintivo.

A entender de los citados autores, otra clasificación toma en cuenta el contenido que tienen las causales de extinción, distinguiendo entre los modos que suponen el cumplimiento de la obligación y los que importan la extinción sin cumplimiento. Pero, teniendo en cuenta que **stricto sensu** sólo existe "cumplimiento" propiamente dicho en el pago, prefieren adoptar para esta clasificación la denominación utilizada por otros autores de medios "satisfactorios", o mejor aún "satisfactivos", que proporcionan al acreedor una satisfacción aunque sea distinta a la esperada del cumplimiento de la prestación debida, y medios "no satisfactivos" o "frustratorios", que carecen por completo de interés para el acreedor. En el primer grupo, además del pago y la **datio in solutum**, tenemos a la novación, en cuya virtud se sustituye la obligación que se extingue; la compensación, en la cual el acreedor no percibe su crédito pero en cambio se libera de la obligación que a su vez tenía para con quien era su deudor por otra causa; la transacción, en que la satisfacción estriba en las "concesiones" que cada parte obtiene de su contraparte, a cambio de las que recíprocamente se otorgan; la confusión, por cuanto al reunirse en una misma persona las calidades contrapuestas de acreedor y deudor, la no exigibilidad del crédito en el lado activo, tiene al mismo tiempo como satisfacción la ausencia de responsabilidad o abdicación de los derechos de acreedor; la remisión de la deuda, que es una forma de renuncia; y la imposibilidad de pago.

Cazeaux y Trigo Represas, por último, atendiendo a la naturaleza jurídica de los medios de extinción, los clasifican en hechos jurídicos, independientes de la voluntad humana, como son: la confusión, la imposibilidad de pago, y la compensación legal que opera de pleno derecho y "extingue con fuerza de pago las dos deudas, hasta donde alcance la menor, desde el tiempo en que ambas comenzaron a coexistir." En cambio -señalan-, existen otros medios que reúnen todos los caracteres definidos en el artí-

culo 944 del Código Civil Argentino y que por lo tanto pueden calificarse de "actos jurídicos", los que a su turno pueden ser unilaterales, por ser suficiente la voluntad de una sola persona, o bilaterales, por requerir el concurso de dos o más voluntades, como pasa con la novación y la transacción.

(C) ***Posición de Jorge Joaquín Llambías.***

Según Llambías[3], los diversos modos de extinción de las obligaciones pueden ser agrupados en función de distintos criterios: (a) tomando en cuenta la manera de producir la extinción de la obligación, se distinguen los hechos extintivos que actúan de pleno derecho y los que dependen de la instancia del interesado; (b) si se atiende al contenido o sentido que tienen las causas de extinción, es dable separar por un lado las que implican satisfacción del interés del acreedor y, por otro, las que disuelven el vínculo obligacional sin brindar esa satisfacción; (c) si se mira a la estructura de los modos de extinción, es posible oponer los hechos jurídicos propiamente dichos, a los actos jurídicos extintivos; (d) Giorgi ha elaborado una clasificación tripartita que toma aspectos de las clasificaciones precedentes; (e) Llambías se atiene a una clasificación estructural que, partiendo de la oposición entre los hechos y los actos extintivos, subdivide estos últimos en unilaterales, categoría que corresponde principalmente al pago, y en bilaterales o convenciones liberatorias: dación en pago, novación, transacción, renuncia y remisión.

Luego, el profesor Llambías se refiere a las siguientes clasificaciones de los medios extintivos de las obligaciones:

(a) ***Antigua clasificación.***

Para los romanos los modos de extinción de las obligaciones podían agruparse en dos categorías: (1) los que funcionaban de

(3) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo II - B, Páginas 99 y siguientes.

pleno derecho, por su sola virtualidad, como el pago; (2) los que actuaban **exceptionis ope**, es decir, por vía de defensa o excepción, como la prescripción o la compensación, que sólo producían efecto extintivo si el deudor las alegaba, y requerían del pretor en la época formularia, que insertara la excepción en la fórmula, para que pudiera el juez ocuparse de ellas.

Explica Llambías que esa vieja clasificación aún tiene interés en el Derecho moderno. Así, el plazo extintivo o la condición resolutoria funcionan de pleno derecho, independientemente de la voluntad de las partes; en cambio, el pacto comisorio o la cláusula resolutoria implícita no imponen la extinción cuando un contratante no cumple sus obligaciones, sino que abren la opción a favor del contratante no culpable de decidirse por el mantenimiento o la resolución del contrato. En estos supuestos, la causa de extinción sólo funciona a instancia del contratante que tiene derecho a hacerla valer.

(b) ***Clasificación según el sentido del hecho extintivo.***

Bajo este prisma -dice Llambías-, los modos de extinción se clasifican en satisfactorios del interés del acreedor, tales como el pago, la novación, la compensación, la transacción y la confusión; y en frustratorios de ese interés, en cuya categoría entran la renuncia de los derechos del acreedor, la remisión de la deuda, la caducidad concursal, la prescripción y la imposibilidad de pago.

(c) ***Clasificación según la estructura de la causa de extinción.***

Si se atiende a la estructura de las causas extintivas, es posible dividirlas en hechos jurídicos, independientes de la voluntad del hombre, tales como la confusión, la compensación, la prescripción y la caducidad concursal; y en actos jurídicos, que ostentan los caracteres propios del pago, la novación, la transacción, la renuncia y la remisión.

(d) ***Clasificación de Giorgi.***

Recuerda Llambías que este autor italiano distingue tres categorías: (1) modos que importan cumplimiento de la obligación, como el pago; (2) modos que consisten en un acuerdo liberatorio, entre los que enuncia la dación en pago, la remisión de la deuda, el disenso, la novación y el concordato en la quiebra; (3) modos que consisten en hechos que hacen imposible, natural o legalmente, la ejecución, tales como la compensación, confusión, pérdida de la cosa, término extintivo, condición resolutoria, etc.

Según Llambías, esta clasificación tiene el inconveniente lógico de no adoptar un "**principium divisionis**" común a todas las categorías; así también implican cumplimiento -criterio de la categoría (1)-, la dación en pago de la categoría (2), y la compensación de la categoría (3). Ello arruina -a entender del citado profesor- la discriminación desde un punto de vista científico. Sólo tiene valor empírico, bastante relativo.

(e) ***Clasificación tripartita adoptada por Llambías.***

Para ello toma en cuenta la índole o estructura de cada una de las figuras extintivas.

Explica Llambías que los modos de extinción son actos jurídicos o hechos jurídicos propiamente dichos. A su vez, los actos jurídicos extintivos pueden ser unilaterales o bilaterales.

Son actos extintivos unilaterales, porque emanan de la voluntad de una sola parte: el pago, el abandono que juega en contados supuestos, y ciertas causas de extinción de relaciones jurídicas que se reflejan en la supresión de la causa de la obligación, a saber, la revocación, la rescisión y la resolución facultativa que juega en las hipótesis de pacto comisorio, de cláusula resolutoria y de seña.

Continúa expresando Llambías que son actos extintivos bilaterales, o convenciones liberatorias: la dación en pago, la

novación, la transacción, la renuncia, la remisión y el distracto o doble remisión.

Para el citado profesor, finalmente, son hechos jurídicos extintivos: la compensación, la confusión, la imposibilidad de pago, la prescripción liberatoria, la caducidad concursal, la condición resolutoria, el plazo extintivo y, en ciertas hipótesis particulares, la incapacidad sobreviniente del deudor.

(D) ***Posición de Francesco Messineo.***

Por otra parte, a entender de Messineo[4], estos modos son los varios hechos o negocios por medio de los cuales deja de existir la obligación.

Señala Messineo que, a este respecto, conviene distinguir entre aquellos modos que -además de extinguir la obligación- hacen, al mismo tiempo, conseguir (directa o indirectamente) la prestación (o un equivalente de ella) y se denominan modos satisfactivos (para el acreedor): cumplimiento, compensación, confusión; y aquellos que extinguen la obligación sin que, a tal evento, acompañe la consecución de la prestación por parte del acreedor (modos no-satisfactivos).

Este último caso -dice el afamado tratadista italiano- puede darse: o porque la obligación se extinga, pero dé -al mismo tiempo- origen a una obligación nueva (la cual, verosímilmente, será la que ejercitará la función satisfactiva: novación), o porque la obligación se extinga sin residuos y sin que el acreedor reciba la prestación (remisión de la deuda; imposibilidad sobrevenida de la prestación; prescripción).

Opina Messineo que la distinción entre modos satisfactivos y no satisfactivos ha sido repudiada por algún autor, por considerar que no tendría carácter jurídico. Pero cree que la afirmación es

---

(4) MESSINEO, Francesco. Op. cit., Tomo IV, Páginas 355 y siguientes.

apresurada, puesto que la finalidad de la obligación es -desde luego- la satisfacción del derecho del acreedor, por lo que no es jurídicamente indiferente que puedan darse casos de extinción de la obligación sin que acompañe la satisfacción del acreedor. Verdad es que esta falta de satisfacción no impide la extinción; pero darse cuenta de cómo este fenómeno que, a primera vista, puede parecer paradójico, no sea tal, ha de ser el resultado solamente de una ulterior constatación de naturaleza jurídica: precisamente que la extinción sea respecto a un acreedor no satisfecho, el cual, a veces, encuentra compensación (como por ejemplo, en el caso de la novación), en el nacimiento de otra relación obligatoria; y tal nacimiento no tendría una justificación sin el antecedente de la falta de satisfacción de una precedente obligación.

Reseña el citado autor que el modo clásico de extinción (satisfactivo) está dado por el cumplimiento, llamado también -en el uso común- pago (**solutio**, o sea liberación del deudor).

De los otros modos extintivos -agrega Messineo-, algunos son verdaderos y propios modos de extinción de la relación obligatoria considerada como deber de prestación, cualquiera que sea su fuente (novación; remisión de la deuda; compensación; confusión; imposibilidad sobrevenida; prescripción; a los que debe añadirse la obtención de la finalidad y, en determinados casos, la muerte del deudor) (modos directos de extinción).

Enseña Messineo que otro grupo de modos de extinción de la relación obligatoria -que se apoya, más que sobre el elemento "satisfacción del acreedor", sobre el de "liberación del deudor"- resulta del cumplimiento coactivo en forma específica; de la ejecución forzada y del propósito liberatorio, en el caso de mora del acreedor.

Según el profesor italiano, no es modo de extinción de la relación obligatoria, la ocultación de la existencia de la deuda por parte del deudor.

Considera Messineo que otros, por el contrario, son modos con los que desaparece el elemento genérico de la relación obligatoria, o sea el contrato, o la promesa que le había dado origen y, de reflejo, la consiguiente relación obligatoria; son tales la nulidad, la anulación, la rescisión y la resolución; precisa que aquí es necesario añadir, porque se trata de modos que tienen idéntica naturaleza, el sobrevenir el término final, el mutuo disenso, la separación unilateral o despido (como ejercicio del **ius poenitendi**), la revocación, el posesionarse de las arras o seña, el pago de la cláusula penal (promesa para el caso de incumplimiento) y, finalmente, la falta de ratificación de la gestión de negocios ajenos, si el negocio no ha sido bien administrado (modos indirectos de extinción).

Agrega el citado profesor que, como se puede argüir de esta enumeración, de ordinario la extinción de la obligación tiene lugar por hecho del deudor; otras veces, por un hecho objetivo (como sería el caso de la compensación); otras veces, por hecho del deudor y del acreedor conjuntamente (como sería la novación); y en varios casos, por hecho solamente del acreedor (como son la prescripción, por inercia del mismo, y la remisión).

A entender de Messineo, la obtención de la finalidad de la obligación debe considerarse modo de extinción de la misma, en el sentido de que, en algunos casos, aun sin el cumplimiento por parte del deudor, el acreedor queda igualmente satisfecho y su derecho es igualmente realizado.

Tales son, entre otros -a decir del civilista italiano-, aquellos:

(a) En que un tercero cumpla por el deudor, con carácter diverso del de representante, o de sustituto del deudor mismo;

(b) En que el deudor cumpla, frente al acreedor, una obligación diversa, que, sin embargo, tutela el mismo interés del acreedor (concurso de dos causas lucrativas, como sería el caso de que no puede recibirse por legado lo que se ha adquirido ya por donación);

(c) En que el deudor ejecuta una prestación a un tercero (no autorizado, ni acreedor aparente), si el tercero revierte sobre el acreedor la utilidad de la prestación recibida; o

(d) En que el deudor cede los propios bienes al acreedor (o a los acreedores).

Todo esto -según Messineo-, porque no siempre el interés del acreedor se realiza mediante el cumplimiento por parte del deudor; para tales casos marginales, suplen los medios antes indicados, los cuales, puesto que el interés del acreedor en la prestación es igualmente satisfecho por vías indirectas, funcionan como modos de extinción del derecho de crédito.

Enseña Messineo que lo particular, la hipótesis del concurso de dos causas lucrativas, se configura como concurso de causas diversas y autónomas de adquisición, sobre la base del ulterior presupuesto de que sea único el acreedor. Aquí, el deudor de cosa de especie queda liberado, si el acreedor ha recibido por otra cosa lucrativa (o sea, no onerosa) la cosa (de especie) misma; no quedaría liberado si el acreedor recibiese la cosa por causa onerosa (o sea, dando una compensación): el deudor, en tal caso, debería el valor de la cosa.

Agrega el profesor italiano que la extinción de la obligación (haga o no conseguir la prestación al acreedor) tiene lugar, **ipso iure**, cuando concurran los presupuestos de ella, y tiene por efecto liberar al deudor.

Entiende Messineo que a los efectos de la extinción de la obligación, la obra del juez no es necesaria; la misma puede hacer falta, a lo sumo, para el pronunciamiento de una sentencia de declaración negativa o positiva de certeza.

Dice que debe observarse, sin embargo, que no siempre la extinción de la obligación y la liberación del deudor coinciden. En tal orden de ideas, opina que hay un caso (perecimiento de la cosa) que hace imposible el cumplimiento de determinada obligación (de dar) y extingue la obligación; y no por eso el deudor queda incondicionalmente liberado; no lo queda, en el sentido de que debe el resarcimiento de daños cuando la cosa haya perecido o se haya extraviado por culpa de él.

Para Messineo otro supuesto sería el de la subrogación, donde, al lado de la satisfacción del acreedor, no hay liberación del deudor.

Enseña que en el caso del cumplimiento de la obligación ajena, es posible que el **solvens** quede sustituido al acreedor, en el derecho frente al deudor.

Observa Messineo, finalmente, que entre los modos de liberación no se admite, de ordinario, el abandono de la cosa debida, o el abandono del patrimonio por parte del deudor.

(E) *Posición de Manuel Augusto Olaechea.*

Conforme a la doctrina de su tiempo moderno, el Doctor Manuel Augusto Olaechea decía que los modos de extinción de las obligaciones pueden ser generales y especiales; son generales en cuanto proceden de un motivo general de Derecho; y especiales, cuando se refieren a ciertas y determinadas obligaciones.

Según Olaechea los modos generales contemplados por el Código Civil son: el pago propiamente dicho, el pago por consignación, el pago con subrogación, la dación en pago, la novación, la compensación, la condonación, la consolidación, la transacción y el mutuo disenso.

En cambio, constituyen causas particulares de extinción de las obligaciones: la muerte, cuando se trata de obligaciones **intuitu personae**; la incapacidad, también en esta clase de obligaciones; la imposibilidad por pérdida de la cosa sin culpa del deudor, etc.

(F) *Nuestra posición.*

Luego de haber revisado las posiciones más representativas de la doctrina de nuestra tradición jurídica, acerca de los medios extintivos de las obligaciones y los diferentes criterios clasificato-

rios que se han elaborado con relación a los mismos, nos corresponde emitir nuestra propia opinión. En tal sentido, efectuamos la siguiente clasificación de los medios extintivos de las obligaciones:

(1) ***Por su idoneidad.***

(1.1) **Ideales.**

Consideramos al pago como el medio ideal de extinción de las obligaciones. El pago implica la ejecución de la obligación en las condiciones convenidas en su origen, vale decir, el cumplimiento dentro de los términos previstos. Pagar es actuar conforme a lo debido. Pagar es llegar al destino natural de toda obligación. Significa la ejecución voluntaria de la misma, en estricto orden a lo convenido o previsto por la ley.

Podríamos decir que el pago no importa desviación alguna en el destino de la relación jurídica.

(1.2) **No ideales.**

Como ha sido dicho en el punto anterior, el pago es la forma ideal de extinguir las obligaciones. Sin embargo, no es la única, pues existen otros medios que si bien cumplen con ese objetivo, implican, en cierto modo, variantes en el camino natural del cumplimiento.

Así, por ejemplo, el pago por consignación -pago al fin y al cabo-, constituye una situación anormal, derivada de la imposibilidad del deudor de poder pagar directamente al acreedor la prestación debida. En estos casos, por diversas circunstancias, el deudor se ve obligado a pagar siguiendo un procedimiento especial, medio que no es natural al pago, el cual debería verificarse directamente "en manos" del acreedor.

Por otra parte, el pago con subrogación, como se verá en su momento, es un pago muy especial, pues es efectuado, en la mayoría de los casos previstos por los artículos 1260 y 1261 del Código Civil, por un tercero ajeno a la relación obligacional, o por el deudor con dinero de un tercero (inciso 3 del artículo 1261), pero es un pago que no extingue la obligación, sino que sustituye en ella a un tercero en la posición que ocupaba el acreedor. Es evidente que el pago con subrogación, no constituye un supuesto ideal de pago.

La dación en pago, figura que ha sido regulada de manera autónoma por el Código Civil Peruano de 1984 -en posición que no compartimos-, implica extinguir la obligación con una prestación distinta a la debida (artículo 1265), lo que a todas luces refleja una desviación en el destino natural de la obligación originaria.

Lo propio ocurre con la novación (artículos 1277 a 1287), la misma que constituye, ya sea en su modalidad objetiva o en sus modalidades subjetivas, la sustitución de una obligación por otra.

La compensación (artículos 1288 a 1294), ya sea en su modalidad unilateral o convencional, supone un pago ficto, pues al estarse en presencia de obligaciones recíprocas, líquidas, exigibles y de prestaciones fungibles y homogéneas (compensación unilateral) o aun cuando faltase alguno de los requisitos mencionados (compensación convencional), no significa pago real alguno, por constituir un acto inútil que se evita justamente por la propia compensación. Esta figura, si bien extingue la obligación, no importa pago, sino un procedimiento ficticio para evitar un doble pago. Es, figurativamente, un doble pago abreviado.

De otro lado, resulta evidente que la condonación (artículos 1295 a 1299) es un medio que utilizan las partes para -de común acuerdo- no cumplir la obligación que ha asumido el deudor respecto del acreedor. La condonación es el perdón del pago. Por ello resulta ser el medio más alejado del ideal que implica el cumplimiento de la obligación asumida.

La consolidación (artículos 1300 y 1301) constituye un hecho jurídico que impide la verificación del pago, ya que al reunirse en una misma persona las calidades contradictorias de acreedor y deudor, el pago deviene en un imposible jurídico.

La transacción (artículos 1302 a 1312) es también una manera especial que otorga la ley para desviar el destino natural del cumplimiento de la obligación, al acordar las partes solucionar sus controversias con antelación o durante un proceso judicial. Es evidente que la transacción implica, necesariamente, un pago atípico: transigir, en rigor, no es pagar.

Por último, a través del mutuo disenso (artículo 1313), las partes que han celebrado un acto jurídico acuerdan dejarlo sin efecto. El mutuo disenso importa pues la decisión de las partes de no ejecutar sus obligaciones pendientes de cumplimiento.

(2) ***Por sus efectos.***

(2.1.) **Extintivos, en estricto.**

Consideramos como medios extintivos de las obligaciones, en estricto, a los que importan la desaparición de la obligación, es decir, a aquellos por los cuales la obligación deja de tener existencia.

En tal orden de ideas, son extintivos, en estricto, el pago (artículos 1220 a 1241); el pago por consignación (artículos 1251 a 1255); la compensación, cuando es total, esto es, cuando comprende el íntegro de lo debido recíprocamente (artículos 1288 a 1294); la condonación (artículos 1295 a 1299); la consolidación (artículos 1300 y 1301); y el mutuo disenso (artículo 1313).

Por último, la transacción será un medio extintivo, en estricto, cuando ella implique la solución del asunto dudoso o litigioso, y no cree nuevas obligaciones entre las partes.

(2.2.) **No extintivos, en estricto.**

Medios no extintivos de las obligaciones, en estricto, son aquellos que no hacen desaparecer por completo la relación jurídica.

En tal sentido, él está integrado por el pago con subrogación, pues si bien tal institución significa un "pago", este es relativo, pues hace que subsista la relación jurídica, sólo que ella tiene un nuevo acreedor.

Otro medio no extintivo, en estricto, es la novación, pues ella, en sus modalidades objetiva y subjetiva, implica la sustitución de una obligación por otra.

Tampoco resulta un medio extintivo, en estricto, la compensación, cuando ésta no es por el íntegro de las deudas recíprocas, vale decir, cuando se trata de una compensación parcial.

Por último, la transacción será un medio no extintivo, en estricto, cuando importe la solución del asunto dudoso o litigioso, creando nuevas obligaciones entre las partes.

(3) ***Por las partes que intervienen.***

(3.1) **Unilaterales.**

Son medios extintivos de las obligaciones de carácter unilateral, aquellos en los cuales para que se produzca la extinción sólo se requiere de la intervención de una de las partes de la relación jurídica.

En tal orden de ideas tenemos, en primer lugar, al pago, cuando para que él se verifique sólo se requiere de la intervención del deudor y no del acreedor. A este respecto, remitimos al lector a nuestra posición acerca de la naturaleza jurídica del pago.

El pago por consignación es un medio extintivo de las obligaciones de carácter unilateral, por excelencia, pues precisamente se produce ante la imposibilidad del deudor de hacer efectivo el pago "en manos" del acreedor, por las más diversas circunstancias, que pueden ser voluntarias o involuntarias en relación a este último.

Resulta, por otra parte, un medio unilateral extintivo de las obligaciones, la compensación a instancia de parte (o unilateral), la misma que no requiere del asentimiento de la contraparte.

También podría considerarse como medio extintivo de carácter unilateral al pago con subrogación, en la medida en que así lo prevea la ley o cuando requiera del asentimiento del acreedor y de un tercero, sin pasar por el consentimiento del deudor, o cuando se realice por un tercero con el asentimiento del deudor, pero sin intervención del acreedor.

Por último, constituye un medio de extinción unilateral la novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de expromisión, pues la misma sólo requiere de la voluntad del acreedor y el tercero que se sustituye, pudiéndose efectuar aun contra la voluntad del deudor primitivo (artículo 1282).

(3.2) **Bilaterales.**

Son medios bilaterales de extinción de las obligaciones, aquellos que exigen la intervención del deudor y del acreedor.

En tal orden de ideas, son bilaterales el pago, en estricto, cuando requiere de la intervención del acreedor; el pago con subrogación, cuando media asentimiento de deudor y acreedor; la dación en pago, pues requiere el acuerdo de ambas partes para que el acreedor reciba como cancelación total o parcial una prestación diferente a la que debía cumplir el deudor; la novación objetiva, que exige del acuerdo entre acreedor y deudor para sustituir la obligación primitiva por otra, con prestación distinta o a título diferente (argumento del artículo 1278 del Código Civil); la novación subjetiva por cambio de acreedor, en la que se requiere, además del acuerdo entre el acreedor que se sustituye y el sustituido, el asentimiento del deudor (artículo 1280); y la novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de delegación, pues exige, además del acuerdo entre el deudor que se sustituye y el sustituido, el asentimiento del acreedor (artículo 1281).

También será un medio extintivo de las obligaciones de carácter bilateral, la compensación convencional, aquella contemplada por el artículo 1289 del Código Civil, que se produce por mutuo acuerdo de acreedor y deudor, cuando no concurran algunos de los requisitos previstos por el artículo 1288 del propio Código.

La condonación es también un medio bilateral extintivo de las obligaciones, porque para el perdón de la deuda se requiere, además de la voluntad del acreedor, el asentimiento del deudor.

(3.3) **Sin intervención de las partes.**

La consolidación constituye un medio extintivo de las obligaciones que no exige la intervención del acreedor ni del deudor, por cuanto el supuesto general para que ello ocurra es la muerte del acreedor o del deudor, de modo tal que se confunden en una misma persona ambas calidades, extinguiéndose la obligación por imposibilidad jurídica.

(4) ***Por la intervención de la voluntad humana.***

(4.1) **Voluntarios.**

Casi todos los medios extintivos de las obligaciones son voluntarios, vale decir, que requieren de la presencia de la voluntad del deudor, del acreedor o de ambos, esto es, que no operan de pleno derecho.

En tal orden de ideas, son voluntarios el pago, en estricto; el pago por consignación; el pago con subrogación; la dación en pago; la novación; la compensación; la condonación; la transacción y el mutuo disenso.

(4.2) **Involuntarios.**

Consideramos que el único medio extintivo de las obligacio-

nes que opera prescindiendo de la voluntad de las partes de la relación jurídica es la consolidación, la misma que actúa de pleno derecho al concurrir en una misma persona las calidades de acreedor y deudor. Como ha sido visto anteriormente, al ser la muerte la causa general que produce la consolidación, esta ocurre involuntariamente, de pleno derecho.

(5) ***Por su normalidad.***

(5.1) **Normales.**

Son medios normales de extinción de las obligaciones, aquellos regulados en la Sección Segunda del Libro VI del Código Civil, relativo al Derecho de Obligaciones. Estos conductos naturales por los cuales se extingue una obligación son aquellos que el Derecho, -por así decirlo-, auspicia, protege o admite como normales.

En tal sentido, constituyen medios normales de extinción de las obligaciones el pago, en estricto; el pago por consignación; el pago con subrogación; la dación en pago; la novación; la compensación; la condonación; la consolidación; la transacción y el mutuo disenso.

(5.2) **Anormales.**

A nuestro entender, son medios anormales de extinción de las obligaciones, aquellos que si bien están regulados por la ley, ésta no auspicia o protege, sino solamente se limita a regular en sus consecuencias, las mismas que escapan al destino natural del cumplimiento de las obligaciones.

En tal orden de ideas, podríamos decir que constituyen medios anormales de extinción de las obligaciones, entre otros, la pérdida del bien en las obligaciones de dar bienes ciertos (artículo 1137 del Código Civil), la imposibilidad de ejecución de la prestación, tanto en las obligaciones de dar, de hacer y de no hacer, como en las obligaciones alternativas y facultativas.

También son medios anormales de extinción de las obligaciones, la muerte del deudor en las obligaciones **intuitu personae** (argumento del artículo 1218 del Código Civil) y la caducidad (artículos 2003 a 2007 del Código Civil).

La prescripción (artículos 1989 a 2002 del Código Civil), como fue expresado en la Teoría General de este Tratado (Tomo I), tiene por efecto convertir a la obligación civil en un deber moral.

Podríamos decir, por otra parte, que dentro de los medios anormales de extinción de las obligaciones, se encuentran aquellas acciones o instrumentos jurídicos con los que cuentan las partes para invalidar o hacer ineficaces los actos o contratos generadores de obligaciones. Tales la nulidad, la anulabilidad, la rescisión y la resolución, las mismas que una vez verificadas judicial o extrajudicialmente -según el caso-, determinarán que el acto generador de las obligaciones pierda validez o eficacia, situación que llevará inexorablemente a que las obligaciones objeto de dichos actos se extingan.

(6) ***Por la satisfacción del interés patrimonial del acreedor.***

(6.1) **Satisfactorios.**

Son satisfactorios aquellos medios de extinción de las obligaciones que pasan por efectuar algún cumplimiento, ya sea de la prestación debida originariamente, o de una prestación distinta.

Así, tenemos al pago, en estricto; al pago por consignación -una vez que esta surte sus efectos-; al pago con subrogación; a la dación en pago; a la novación; y a la compensación.

(6.2) **No satisfactorios.**

Consideramos como medios extintivos no satisfactorios a aquellos que, si bien concluyen la relación obligacional, no pasan por un cumplimiento de la misma, como es el caso de la condonación, que implica el perdón de la deuda (no pago de la misma); la consolidación, esto es la reunión en una misma persona de las calidades de acreedor y deudor, sin efectuarse pago alguno por resultar este un imposible jurídico; la transacción, si el asunto dudoso o litigioso pasa, como es de suponer, por la no ejecución en estricto de la prestación debida; y el mutuo disenso, que importa el acuerdo entre las partes para dejar sin efecto las obligaciones pendientes de cumplimiento.

- ***El pago como medio extintivo natural o idóneo de las obligaciones.***

Como hemos expresado, el pago es una de las formas generales de extinción de las obligaciones. El pago es, por decirlo así, la forma natural o por excelencia de extinción de las obligaciones.

La importancia del pago se ve reflejada por los conceptos que sobre él enuncian los más diversos tratadistas. A continuación exponemos posiciones relevantes de nuestra tradición jurídica.

(A) ***Posición de Théophile Huc.***

Théophile Huc[5] efectúa un agudo razonamiento preliminar, antes de abordar propiamente el tema del pago, en relación a la importancia que esta figura tiene dentro del Derecho de las Obligaciones. El mencionado tratadista francés decía que la relación de derecho llamada obligación o derecho de crédito, desde varios

(5) HUC, Théophile. Op. cit., Tomo VIII, Páginas 5 y 6.

puntos de vista, se vincula muy íntimamente con la propiedad, por la cual se convierte en una extensión artificial, pues forma parte de los bienes del acreedor. Por otro lado, la posibilidad legal de originar las relaciones de obligación, sobre todo para los contratos, es el medio sencillo para facilitar el intercambio.

Sin embargo -agrega Huc-, este medio cabría realizarse sólo por la satisfacción suficiente que se da al acreedor; y este último deja de ser tal, es decir, que deja de existir su derecho, en tanto que él recibe esta satisfacción.

Ahora bien -continúa el citado autor-, se creó la obligación sólo con el propósito de esta satisfacción final que conlleva a la extinción necesaria; de tal modo que parece que la obligación hubiese tenido origen sólo para extinguirse. Es contraria a la propiedad, que es y sólo puede ser perpetua. Esta es la razón por la que no se sabría encontrar en la teoría legal de la propiedad, un título análogo al del capítulo V del Código Napoléon y concebido de esta forma: de la extinción del derecho de propiedad. Por el contrario, no tendría sentido un derecho de crédito destinado a durar siempre, sin que el acreedor pueda nunca obtener efectivamente el cumplimiento de la prestación que constituye la utilidad de dicha prestación. Es cierto que el pensamiento puede concebir la existencia de un crédito perpetuo por cuanto generará una serie indefinida de obligaciones sucesivas, debiendo extinguirse cada una de ellas por medio de la prestación verdadera o supuesta de su objeto; sin embargo, es imposible concebir la existencia de una obligación que nunca se extinga, es decir, que no se pague nunca.

Por lo tanto -concluye Huc-, toda obligación debe extinguirse, y lógicamente sólo se puede extinguir por medio de un pago u otra satisfacción similar dada al acreedor. La ley pudo indicar varios modos de extinción gracias a que existen diversos procedimientos destinados a dar al acreedor esta satisfacción.

(B) ***Posición de Francesco Messineo.***

Enseña Francesco Messineo[6] que el cumplimiento (o pago) es el momento culminante de la obligación, aquél que procura al acreedor la satisfacción de la necesidad a la que la obligación estaba preordenada; o sea, que produce el resultado que se había prometido; en esto está la actuación del derecho (o, según alguno, del interés), sin que sea necesario restringir el alcance del término "pago" al solo caso del cumplimiento de las obligaciones de entregar una suma de dinero (la llamada **numeratio pecuniae**).

Así -agrega Messineo-, sólo en defecto del cumplimiento espontáneo, el acreedor se encuentra en la necesidad de hacer valer de otro modo el propio derecho.

Las reglas legales sobre el cumplimiento se refieren predominantemente al cumplimiento de la obligación que nace de acto voluntario y lícito (contrato, promesa unilateral); pero valen también en cuanto a aquellas figuras de las cuales es característico que la obligación no sea directamente querida por el deudor, sino que éste quede obligado a algo por efecto de un hecho realizado, o por un hecho al cual la ley vincule el nacimiento de la obligación.

(C) ***Posición de Doménico Barbero.***

Para el profesor italiano Doménico Barbero[7], la relación obligatoria, como toda relación jurídica, se dirige por su naturaleza a la satisfacción de un sujeto. En la "relación real" -que es **agere licere**-, esa satisfacción se realiza mediante el ejercicio del derecho (actuación del contenido del **licere**).

En la "relación obligatoria", que no consiste en que haga nuestro algún cuerpo o haga nuestra alguna servidumbre, sino en

(6) MESSINEO, Francesco. Op. cit., Tomo IV, Página 360.
(7) BARBERO, Doménico. Op. cit., Tomo III, Página 35.

que constriñe a otro a darnos, a hacernos o a prestarnos algo, la satisfacción se logra mediante la consecución legítima, por parte del acreedor, del objeto debido: el acreedor tiene que conceptuarse satisfecho cuando, en modo legítimo y en el lugar y el tiempo debido, consigue lo que le es debido.

Señala Barbero que, en general, "cumplir" significa dar exacta ejecución a la prestación debida; lo cual implica hacer que el acreedor consiga el objeto de la obligación.

(D) ***Posición de Luis María Rezzónico.***

A entender del profesor argentino Luis María Rezzónico[8], la obligación tiene por finalidad natural y lógica el cumplimiento de la prestación que constituye su objeto o contenido, y por lo mismo que ella amplía la sujeción de la actividad o del patrimonio del deudor hacia el acreedor, no puede perdurar indefinidamente sino que su destino es extinguirse en algún momento. Esa extinción significa la liquidación del vínculo original entre cierto deudor y cierto acreedor, y representa para el obligado la recuperación de su estado natural de libertad, restringida o limitada por la deuda, y correlativamente significa para el acreedor la pérdida de su derecho, con o sin satisfacción de él, según sea la causa extintiva de la obligación.

(E) ***Posición de Pedro N. Cazeaux y Félix A. Trigo Represas.***

Para Cazeaux y Trigo Represas[9], la extinción es una etapa necesaria de la vida de las obligaciones, pues éstas desde su nacimiento están llamadas a disolverse. Como expresa De Ruggiero: "el derecho de crédito es por naturaleza una relación perecedera, no vive perpetuamente, su fin es proporcionar al

(8) REZZONICO, Luis María. Op. cit., Volumen I, Página 721.
(9) CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Tomo II, Página 97.

acreedor una ventaja patrimonial y cuando realiza este fin, cuando satisface el interés del acreedor, el vínculo carece de razón de ser, de objeto."

Añaden los profesores argentinos que la extinción de la obligación tiene importantísimos efectos jurídicos. Respecto del sujeto pasivo o deudor, importa la recuperación de su libertad jurídica, restringida en pro del acreedor en la limitada esfera del acto comprometido; es pues, como lo dice Busso, "un reconstituirse la libertad allí donde existía la sujeción". Y, con relación al acreedor, la extinción del crédito implica la pérdida de un derecho patrimonial: el crédito que figuraba en el activo de su patrimonio, sea con o sin recepción de un valor que pueda resultar más o menos equivalente, según la causal que opere la extinción de la obligación.

Cazeaux y Trigo Represas[10] agregan que el pago es el "cumplimiento" de la prestación debida como efecto de la obligación; es, por lo tanto, efecto, y el más fundamental, de las obligaciones, ya que importa la culminación o realización del fin en miras del cual la obligación se constituyó: la obligación se forma teniendo en vista el pago y con él se realiza en toda su plenitud, completamente; luego de lo cual se extingue y deja de producir efectos, porque además es esencial en la relación obligatoria el no durar indefinidamente en el tiempo.

Señalan los autores citados que en un sentido amplio, ya sostenido por el jurisconsulto Paulo en el *Digesto*, pago sería cualquier medio de extinción de las obligaciones que importe la liberación del deudor, aunque no necesariamente la satisfacción del acreedor; **solvere** era la antítesis del **ligare**, y de ahí la extensión del concepto de **solutio** a todas las formas extintivas de las obligaciones. Dentro de esta comprensión serían "pago" cualesquiera de los medios enumerados en el artículo 724 del Código Civil Argentino, como son la novación, compensación, renuncia, imposibilidad, etc.

(10) CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Tomo II, Páginas 105 y 106.

A decir de los profesores citados, en un sentido estricto, que es el adoptado por el Código Civil Argentino, el pago es el cumplimiento de la prestación a que se está obligado, cualquiera fuese su naturaleza: de dar, hacer o no hacer. Es el concepto que ya daba Pomponio: al decir **solvere** decimos **eum, qui facit quod facere promisit**. Respecto al Código Civil citado, como el artículo 725 no menciona a las obligaciones de no hacer, se suscita la duda sobre si puede conceptuarse como pago a la abstención del deudor en cumplimiento de su obligación de comportarse en esa forma negativa. La mayoría de la doctrina entiende acertadamente que la abstención debida y cumplida es pago, por cuanto éste es el cumplimiento de la prestación que hace al objeto de la obligación, y si ésta implicaba una conducta negativa, la acorde abstención del deudor no puede ser otra cosa que pago; y agregan Cazeaux y Trigo Represas, que en forma más circunscrita se considera que el pago sólo existe en las obligaciones de dar -al decir de Colmo- refiriéndose a la corriente en el Código Civil Argentino, según puede apreciarse en muchos artículos del mismo, tales como el 738, 740, 745, 749, 764 a 766, etcétera.

Por último, en un sentido todavía más restrictivo, pero también vulgar o corriente, se entiende por pago el cumplimiento de una obligación de dar sumas de dinero. Tal el criterio adoptado por el Código Civil Alemán en su artículo 244, el que además utiliza el vocablo "ejecución" para aludir al cumplimiento de las demás obligaciones.

(F) *Posición de Jorge Joaquín Llambías.*

Jorge Joaquín Llambías[11] señala que la extinción es el momento final de la vida de la obligación, después del cual cesa la relación jurídica que ella había establecido entre las partes, quedando éstas, desde ya, desligadas. Es un momento necesario porque las obligaciones no perduran indefinidamente. Agrega el citado autor que desde su constitución están llamadas a disolver-

(11) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo II - B, Página 89.

se: sería inconcebible que la obligación pudiera significar una sujeción permanente del deudor respecto del acreedor, prolongada sin término ni variante alguna. Y concluye estableciendo que lo relativamente efímero de la relación de obligación es un rasgo característico de ella, que contrasta con la duración ilimitada que, en abstracto, pueden tener los derechos reales.

(G) ***Posición de Eduardo B. Busso.***

En el mismo orden de ideas, el profesor argentino Eduardo B. Busso[12] señala, al tratar acerca del concepto de extinción de las obligaciones, que el momento de la extinción representa una fase necesaria en la vida de la obligación. El vínculo obligatorio no está destinado a perdurar indefinidamente, en relación a un doble aspecto: a) con referencia al sujeto pasivo, para que recupere su libertad; la extinción importa levantar las restricciones que para el sujeto pasivo implicaba la existencia de la obligación; es un reconstituirse la libertad, allí donde existía la sujeción, del mismo modo que el nacimiento de la obligación importó en su momento la constitución de sujeciones limitativas de la libertad; las causas de extinción son factores jurídicos paralelos a las fuentes de obligaciones: unos y otros son "energías en acción" que operan en sentido inverso; en tanto que b) para el sujeto activo la extinción importa la pérdida de un derecho, con o sin recepción de un valor equivalente según cual sea la causa de extinción que opera aquel efecto.

Agrega Busso que el modo normal de extinción es el cumplimiento (pago), ya que la obligación es un vínculo que constriñe a cumplir. Pero esto último no es regla tan inflexible que no consienta variantes, y así la ley instituye otros modos de extinción que funcionan con prescindencia del cumplimiento.

El propio Busso anota que son varias las acepciones que se

(12) BUSSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo IV, Páginas 230 y siguientes.

dan a la palabra "pago". Normalmente se distingue: una acepción restringida, que se refiere al cumplimiento de prestaciones consistentes en sumas de dinero, y una acepción amplia, que es el cumplimiento de una obligación, cualquiera sea su especie.

Refiere que incluso se habla de un concepto más amplio aún: el pago, en cierto sentido, abarcaría cualquier caso de extinción de obligaciones, sea cual sea el modo (compensación, novación, etc.) por el que la extinción se opere; expresión que le parece excesiva, estimando que el pago es la extinción que se opera por "cumplimiento". Señala que en el Código Argentino se alude al cumplimiento de las obligaciones de dar o de hacer pero nada se dice de las de no hacer.

Busso añade que en virtud de ello algún autor sostiene que no importa pago el cumplimiento de una obligación de no hacer; agrega que todo pago supone acción o actividad, y las abstenciones no presentan esos caracteres; argumento que es sumamente rebatible: a) porque cualquier acto jurídico puede ser positivo o negativo; la abstención, en cuanto sea producto de una decisión consciente y deliberada, importa una realidad psicológica que el Derecho tiene en cuenta; b) dejando de lado el aspecto psicológico interno, las abstenciones trascienden al mundo exterior y configuran "sucesos" o "hechos" susceptibles de ser percibidos como tales (así, por ejemplo, el hecho de que conforme a compromisos contraídos Fulano no haya edificado, o el artista Mengano se haya abstenido de intervenir en un espectáculo para el que fuera requerido, etc); c) la abstención, por otra parte, como suceso negativo, puede implicar y a la vez ser la consecuencia de una serie de actos positivos perfectamente perceptibles: por ejemplo, la persona que para cumplir su obligación de no edificar cancela los contratos de construcción que tuviera en preparación, o aquella que da publicidad al hecho de haberse abstenido, etc. Agrega Busso que aparte de estas razones se han señalado otras vinculadas a la teoría del pago: d) Zachariae, que inspiró al Código Argentino, no reveló en ningún momento el propósito de excluir del concepto de pago el cumplimiento de las obligaciones de no hacer; e) de aceptar la tesis negativa nos encontraríamos con una

seria falla legal: no estaría prevista ni reglamentada la forma de extinguir las obligaciones de no hacer.

Siempre siguiendo al tratadista argentino citado, diremos que el pago es un momento necesario en la vida de la obligación. Importa el realizarse el fin en miras al cual la obligación se constituyó. Ya desde su nacimiento la relación obligatoria existe en función del pago: el crédito es un derecho de cobrar, y la deuda una necesidad de pagar. El pago realiza una y otra espectativa: constituye el trance de liquidación de un vínculo nacido para liquidarse. La obligación se forma en vista al pago y en él se realiza.

Como dice Busso, en toda obligación contractual está pendiente un derecho del acreedor a obtener adecuada satisfacción a su interés. El pago, al operar esa satisfacción, restablece el equilibrio jurídico y realiza la justicia conmutativa que es base de los contratos.

Así, para el citado profesor, el vínculo creditorio cumple sustancialmente un particular modo de cooperación económica entre las partes, mediante hechos de transferencia y de traslación de valores. El pago -o en general el cumplimiento- concreta esa transferencia.

De esta forma -continúa Busso-, considerado con relación a la vida jurídica del deudor, el pago aparece como un acto que es a la vez de conservación y de transformación patrimonial. Es conservativo, porque el patrimonio no podría subsistir indefinidamente gravado con obligaciones exigibles: la falta de pago daría lugar a la ejecución (individual o colectiva) que importaría la disgregación o liquidación del patrimonio o de alguno de sus elementos y el menoscabo de las facultades del titular; en tanto que simultáneamente es un acto de transformación, que renueva el contenido del patrimonio. Se elimina un rubro del pasivo mediante una reducción correlativa del activo: la cosa o suma que se entrega en pago es algo que se pierde, pero la deuda que se redime es algo que se gana. Esta conversión, que enjuga la deuda por la virtud liberatoria del acto de cumplimiento, mantiene al patrimonio en el equilibrio que le es propio.

Precisa Busso que si la obligación es de dar cosas para transferir su dominio, el pago aparece como un acto de disposición respecto de la cosa pagada. No puede otorgarlo quien no tenga la facultad de disponer de ella; en tanto que si la obligación es de hacer o de no hacer, el pago se presenta como una determinación de la conducta con relación a la actividad prometida: el deudor sólo podrá cumplir cuando tenga libertad para autodeterminarse válidamente en esa materia, es decir, cuando le resulte libre y lícita la realización del acto de que se trate. No pueden, en consecuencia, prometerse ni pagarse prestaciones imposibles o ilícitas. Tampoco cabe subordinar una obligación a una condición imposible o ilícita.

Punto medular en el estudio del pago es el señalado por Busso cuando enseña que en un nuevo enfoque el pago ofrece un doble aspecto: es a la vez un deber y un derecho.

Hay un deber moral o de conciencia de pagar las propias deudas. La regla "dar a cada uno lo suyo" exige que se dé al acreedor la prestación a que tiene derecho. Sólo con intencionada ironía ha podido hablarse de "un derecho a no pagar sus deudas". Y ese deber moral existe aun en los casos (obligaciones naturales) en que el acreedor carece de acciones civiles para demandar el cobro de sus créditos. El cumplimiento de una obligación natural no es una liberalidad sino un pago. Aparte de ser deber moral, el pago aparece como un deber jurídico. Si el deudor no cumple, el acreedor puede reclamar la ejecución forzada de la prestación por parte del mismo deudor o a sus expensas.

Agrega Busso que al mismo tiempo el pago es un derecho del deudor. La transformación patrimonial que el pago implica (enjugar una deuda mediante una prestación) interesa fundamentalmente al deudor. Este tiene un interés personal en liberar su propio patrimonio de las cargas que sobre él pesan, y en evitar los inconvenientes que puede acarrearle la falta de cumplimiento en tiempo idóneo. La oportuna liberación, según se ha visto, es un acto necesario en la normal gestión del patrimonio del deudor. El deudor tiene derecho a liberarse mediante el cumplimiento exacto de la prestación. No puede estar en manos del acreedor sustraerle ese derecho.

Por todo ello -como expresa Demolombe, citado por Busso- se da al deudor el poder jurídico de compeler al acreedor a que le reciba la prestación, o en su defecto a liberarse pagando en manos de la justicia. A ese objeto la ley instituye el procedimiento del pago por consignación; así, en todos los casos en que el acreedor pone dificultades al pago o se niega a recibirlo, incurre en mora creditoria.

Por otra parte, enseña Busso que la situación del acreedor respecto del pago es correlativa a la del deudor. Tiene un derecho a recibir el pago; una vez recibido no tiene por qué restituirlo, salvo que se configure alguna de las hipótesis de pago indebido que el Código Argentino prevé. Simultáneamente tiene un deber de recibir el pago, sea al deudor, sea a un tercero, en las condiciones previstas por la ley.

Por último, concluye Busso señalando que también, con relación al acreedor, el pago es un acto de disposición (se dispone del crédito) y de transformación (se incorpora al propio patrimonio la cosa que el **solvens** entrega). De ahí que ciertas personas no puedan recibir pagos (incapaces, etc.), y en especial si lo que se entrega en pago es dinero o cosas similares, el pago hecho al incapaz puede resultar no liberatorio.

(H) ***Posición de Jacques Dupichot.***

Por su parte, el profesor Jacques Dupichot[13] señala que las obligaciones se extinguen naturalmente cuando ellas han cumplido su función, o sea mediante el pago al acreedor con la ejecución de la prestación debida o en otras ocasiones por la llegada de un término extintivo. Además, existen otros modos de realizar el valor de ese bien que es el crédito; algunos no extinguen la obligación, pero permiten convertirla en dinero. Otras técnicas modifican el objeto de la obligación por el acuerdo voluntario de las partes (novación, dación en pago, remisión total o parcial de la

(13) DUPICHOT, Jacques. Op. cit., Página 109.

deuda, etc.) o bien por la compensación o la confusión, las cuales tienen lugar cuando la situación del acreedor y del deudor son recíprocas y por tal motivo tienden a anularse; también por imposibilidad de ejecutar la prestación por fuerza mayor (teoría de los riesgos: en un contrato sinalagmático, si la obligación de una parte no puede ejecutarse la obligación de la otra -la cual le sirve de soporte- se extingue de pleno derecho y no se debe ninguna indemnización). Por último, agrega Dupichot que si un largo período ha transcurrido desde el día del vencimiento, se presume que el acreedor ha sido pagado, debido a la indiferencia de este último para exigir el pago; como consecuencia la ejecución de la prestación no puede ser exigida (prescripción extintiva del crédito).

(I) ***Posición de Manuel Albaladejo.***

A decir de Manuel Albaladejo[14], el fin natural a que tiende toda obligación es a proporcionar al acreedor la satisfacción de su interés mediante el cumplimiento de aquélla o la ejecución de la prestación debida, y, en su defecto, la indemnización de los perjuicios que el incumplimiento le reporte.

Señala Albaladejo que se pueden llamar efectos de la obligación, tanto a su cumplimiento, como a las consecuencias que su incumplimiento acarrea.

Según este autor español, el deudor debe pagar, y el acreedor tiene derecho al pago. Pero se discute si, además, aquél tiene derecho a pagar, y éste el deber de recibir el pago; precisa que la cuestión se resuelve en los siguientes términos: el deudor tiene derecho a liberarse del vínculo obligatorio cuando, según este, corresponda, pero no derecho a liberarse de él extinguiendo la obligación precisamente por pago. Dice Albaladejo que el acreedor tiene derecho a ser pagado (si la obligación no se extingue por otra causa), pero no el deber de recibir el pago.

(14) ALBALADEJO, Manuel. Op. cit., Volumen II, Tomo II, Páginas 119 y siguientes.

Señala el citado tratadista que lo dicho se apoya en que las diversas causas (distintas del pago) de extinción de las obligaciones, al poner fin a éstas precisamente antes de haber sido pagadas, prueban que no se tiene derecho a aquél. Por otro lado, siendo el perdón (por la sola voluntad del acreedor, que, en principio, según el artículo 6, número 2, del Código Civil Español, y la ley 9 de la Compilación Navarra, puede renunciar a su derecho) una de dichas causas extintivas, es evidente que el acreedor que no quiera recibir el pago puede evitárselo renunciando al derecho de crédito (es decir, perdonando la deuda); y lo que no puede hacer es negarse a ser pagado y a liberar al deudor. Y por último, aun cuando la obligación no se haya extinguido por otra causa ni el acreedor la haya perdonado, tampoco la ley le obliga a aceptar el pago, aunque facilita al deudor, para que se libere, un medio distinto: consignar la cosa debida a disposición de la autoridad judicial (artículo 1.176 del Código Civil, y ley 496 de la Compilación Navarra).

Agrega que el principio de que el acreedor no tiene deber de recibir el pago lo ha declarado asimismo la jurisprudencia. Dice, en efecto, la sentencia de 2 diciembre de 1954, considerando 6º, al final, que "percibir éste (el pago) no constituye una obligación para el arrendador (acreedor, en el caso), sino una facultad o derecho, ni le fuerza a contribuir a liberar al deudor, ya que éste, utilizando los medios legales oportunos, puede eximirse de la obligación contraída."

A fin de fundamentar con mayor profundidad sus afirmaciones, Albaladejo precisa lo siguiente:

"La inexistencia, que afirmo, de un deber del acreedor de recibir el pago, no es una cuestión de interés puramente académico, que pueda desdeñarse alegando que en la vida real ¿cómo pensar que nadie pueda rechazar lo que, como el pago, le conviene? Diferentemente, tal cuestión puede tener alcance práctico, no sólo porque a cualquiera le cabe rechazar aun lo que le conviene, sino porque puede darse el caso de que al acreedor, por las circunstancias que sean, ya no le interese, y hasta le sea perjudicial recibir el pago; y en estos casos, si se encontrase en el deber de

tomarlo, habría de pechar con el desinterés o soportar el perjuicio que el tener que recibir el pago le acarrease.

Por ejemplo, quien acordó con otro que éste le construyese un edificio, que por circunstancias sobrevenidas no le es útil después, habría de gastar en solar, en materiales, en el proyecto, etc., para hacer posible el pago en el que consistirá la actividad constructora del contratista.

Caso en el que el artículo 1.594 le permite desistir por su sola voluntad de que la obra le sea hecha. Lo que no es sino una hipótesis en la que se ve que no tiene el deber de recibir el pago.

Y no cabe decir que si en este caso se le exime es porque la regla general es la contraria. Pues la verdad es que el artículo 1.594 no se dicta para establecer excepción a una supuesta regla general contraria, sino que su fin es sólo el de compaginar el derecho a no ser pagado, con el deber de pagar a la otra parte lo que le debemos a cambio de lo que habría de pagarnos.

Porque, eso sí, una cosa es que no se tenga deber de cobrar, y otra que en las obligaciones recíprocas, el no querer tomar el pago que se nos debe, no nos libere en absoluto del deber de pagar nuestra contraobligación."

Hasta aquí las expresiones de Albaladejo.

(J) ***Nuestra posición.***

Coincidimos con los autores citados cuando inciden en el carácter efímero de la relación obligatoria.

Ello es totalmente cierto, por cuanto acreedor y deudor se obligan con miras a la satisfacción de un interés patrimonial.

Es claro que las obligaciones se celebran para cumplirse; por tanto, dicho cumplimiento debe efectuarse dentro de términos razonables que impliquen una satisfacción oportuna de la prestación debida.

Es regla general que al contraer una obligación ambas partes, acreedor y deudor, establezcan un plazo determinado para su cumplimiento. Sin embargo, el plazo también podrá ser determinable, pero sólo podrá llegar a ser indeterminado, en cuanto al término final del mismo, mas no en cuanto a su término inicial.

Por lo demás, el propio Código Civil Peruano de 1984 contiene a este respecto una regla específica: el artículo 1240 prescribe que si no hubiese plazo designado, el acreedor puede exigir el pago inmediatamente después de contraída la obligación. Esta norma, común a muchos Códigos Civiles de nuestra tradición jurídica, subraya el carácter efímero de la relación obligatoria y denota la voluntad del legislador destinada a propiciar la extinción de la misma en el plazo más breve posible. Esto explica el sentido del precepto citado.

Otro tema que deseamos destacar es que la relación obligatoria implica, sin duda, un doble aspecto de deber y de derecho.

Es obvio que el deudor tiene el deber de pagar, pero también tiene el derecho a hacerlo. Para ello existe la figura del pago por consignación, cuando el deudor se vea en la imposibilidad de pagar al acreedor directamente, ya sea por causas imputables a este último o por causas ajenas a su voluntad.

No obstante ello, compartimos el parecer de Albaladejo cuando sostiene que el acreedor podría impedir el pago de su deudor si es que le fuese perjudicial, por haber cambiado las circunstancias existentes desde el momento del nacimiento de la obligación. Será obvio, sin embargo, que el acreedor tendrá que abonar al deudor la contraprestación a la que se hubiese obligado, ya que esta deberá ser ejecutada de todas maneras, pues de lo contrario estaríamos admitiendo que el acreedor (deudor en otra obligación surgida del mismo acto), pueda eximirse impunemente de continuar la ejecución de sus propias obligaciones.

Lo debatible sería si el deudor podría tener derecho a discutir la legitimidad de la procedencia o no de la negativa de su

acreedor a recibir el pago, y si el deudor tendría derecho a exigir una indemnización de daños y perjuicios.

Para ilustrar lo expresado, aclaramos el caso con un ejemplo:

Un banco decide construir su nueva sede central y contrata con un pintor famoso la elaboración de un cuadro del Presidente del Directorio de dicho banco, para ser colocado en el ambiente principal del edificio.

En el intervalo que discurre entre el nacimiento de la obligación y el día en que se tenía que ejecutar, el Presidente del Directorio -accionista mayoritario del banco-, vende todas sus acciones a otro grupo empresarial. Los nuevos dueños deciden, por obvias razones, ya no colocar en el ambiente principal del banco el retrato de quien fuera su antiguo Presidente, sino aquel de la otra persona que lo sustituye en dicho cargo.

En tal sentido, le comunican al pintor la voluntad del banco de que ya no ejecute su obligación de hacer, pues el nuevo Presidente encargará a otro artista elaborar el cuadro respectivo. No obstante ello, el banco comunica al pintor su voluntad de pagarle el íntegro de la contraprestación debida por concepto del cuadro que ya no va a pintar.

Hasta aquí nuestro ejemplo.

Desde una perspectiva simplista, podría sostenerse que el pintor no se ve perjudicado en lo más mínimo, por cuanto el banco le va a pagar el íntegro de la prestación debida por el cuadro que no va a pintar.

Sin embargo, podría aducirse que el artista al no pintar el cuadro y por tanto, no ser exhibido de manera permanente en el ambiente principal del banco, pueda sufrir perjuicios, ya que, evidentemente, será menos famoso de lo que hubiese sido al conocer un número inmensamente apreciable de personas que él era su autor.

Por ello creemos que si bien Albaladejo acierta en señalar que el acreedor puede **-motu proprio-** impedir la ejecución de la prestación de su deudor, pagando el íntegro de la contraprestación debida, dicho deudor podría tener derecho a una indemnización por los daños y perjuicios resultantes de la no ejecución de la obligación debida, lo que parecería de justicia en el caso propuesto.

Creemos, sin embargo, que el deudor nunca podría discutir la pertinencia de la negativa del acreedor a la ejecución de la prestación debida, ya que en estos casos será juez el propio acreedor, quien es el único que conoce sus propios intereses o expectativas.

- El alcance de la acepción "pago".

Sobre el concepto de la palabra "pago", propiamente dicha, existen numerosas posiciones doctrinarias.

A continuación presentamos al lector algunas representativas, para luego expresar nuestra propia opinión.

(A) ***Posición de Jorge Joaquín Llambías.***

Según el profesor argentino Jorge Joaquín Llambías[15], la palabra pago puede ser entendida bajo diferentes acepciones:

(a) Según una acepción vulgar, el pago consiste en el cumplimiento de una obligación de dinero: hacer un pago, en el lenguaje corriente, significa satisfacer una deuda de dinero.

(b) En un sentido técnico, adoptado por el codificador argentino, pago quiere decir cumplimiento específico de la obligación, o

(15) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo II - B, Páginas 105 y siguientes.

sea, satisfacción por el deudor de la misma prestación debida, sea ésta de dar, de hacer o de no hacer. En este sentido dice el artículo 725: "El pago es el cumplimiento de la prestación que hace el objeto de la obligación, ya se trate de una obligación de hacer, ya de una obligación de dar."

Recuerda Llambías -como antes lo señalamos al citar a Busso- que el artículo 725 del Código Civil Argentino no menciona a las obligaciones de no hacer, y que ello ha suscitado la cuestión de saber si puede conceptuarse pago la abstención del deudor en ejecución del deber que tiene de comportarse de esa manera negativa. La opinión general de los autores coincide en que la abstención debida y cumplida es un pago. Es la comprensión apropiada en el Derecho Argentino, sin que importe mucho la ausencia de mención de las obligaciones de no hacer, en el artículo 725. Este precepto está inspirado en Zachariae, quien no expresó haber exceptuado de la noción de pago a las obligaciones de no hacer. Por tanto, si el concepto de pago se identifica con el cumplimiento específico de la deuda, es indudable que corresponde denominar así a la abstención del deudor en correspondencia con el deber negativo que sobre él pesa. Si esa conducta no fuera pago, habría una laguna en el Código que no habría previsto ni regulado el modo de extinguir tales obligaciones.

(c) En un sentido más amplio, que ya fuera sostenido por el jurisconsulto romano Paulo, pago significa extinción de la obligación por cualquier medio que implique liberación del deudor, aunque no necesariamente la satisfacción del acreedor. Según esto, pago sería "**solutio**", es decir, disolución de la obligación, como en los casos de novación, compensación, remisión, etc. Es una comprensión excesiva que viene por ello a hacer borrosa la noción de pago, y bajo otro aspecto no sirve para aplicarla al pago efectuado por un tercero que no lleva aparejada la liberación del deudor.

(d) En un sentido más restringido que el seguido por el codificador argentino, el Código Alemán reserva la denomi-

nación "pago" para el cumplimiento de las obligaciones de dinero y emplea la palabra "ejecución" para referirse al cumplimiento específico de las demás obligaciones.

(e) Los Proyectos de reforma integral del Código Civil Argentino, han conservado intacto el concepto legal de pago expresado en el artículo 725 vigente, aunque despojando a la fórmula respectiva de su carácter de definición que es impropio en un cuerpo de leyes. Es lo que Llambías considera acertado, porque la equivalencia de pago -cumplimiento-, de hondo arraigo histórico, no sólo no suscita dificultades, sino que tiene la ventaja de permitir la aplicación de normas comunes, reguladoras del pago, a toda clase de obligaciones, cualquiera sea su objeto.

(B) ***Posición de Atilio Aníbal Alterini, Oscar José Ameal y Roberto M. López Cabana.***

A decir de Atilio Aníbal Alterini, Oscar José Ameal y Roberto M. López Cabana[16], el sustantivo pago tiene diversas acepciones:

(a) Vulgarmente se entiende por pago el cumplimiento de las obligaciones de dar dinero; esta misma es la acepción del Código Civil Alemán;

(b) En sentido amplísimo, según fórmula de Paulo en el *Digesto*, se entendió por pago cualquier modo de "**solutio**", esto es, de extinción de la obligación aunque el acreedor no se satisfaciera específicamente; y

(c) En el Derecho Argentino, "el pago es el cumplimiento de la prestación que hace el objeto de la obligación, ya se trate de una obligación de hacer, ya de una obligación de dar", ya de

(16) ALTERINI, Atilio Aníbal, AMEAL, Oscar José y LOPEZ CABANA Roberto M. Op. cit., Tomo I, Páginas 93 y 94.

una obligación de no hacer, esto último según comprensión generalizada de la doctrina.

Agregan los profesores citados que pago es sinónimo de cumplimiento; pagar es cumplir.

La obligación nace para ser cumplida, pues, recordando un pensamiento de Radbruch, el crédito "lleva en sí el germen de su propia muerte: desaparece en el momento en que alcanza el cumplimiento de su fin." De allí que, aunque el artículo 725 del Código Civil Argentino trata al pago como un modo extintivo, los autores citados prefieren desarrollarlo como cumplimiento, porque si bien a través del pago la obligación se extingue, es el único modo extintivo que satisface específicamente al acreedor, que obtiene así lo que se le debe.

En el pago, pues, sobresale -a entender de Alterini, Ameal y López Cabana- el tramo de la deuda y queda latente el de la responsabilidad. El acreedor logra agotar su "expectativa a la prestación", mediante el cumplimiento concreto y exacto del comportamiento debido por el deudor.

(C) ***Posición de Raymundo M. Salvat.***

A entender de Raymundo M. Salvat[17] , en el lenguaje vulgar la palabra pago suele ser empleada en un sentido mucho más restringido que el que se le da en el Derecho: pagar significa cumplir una obligación de dar suma de dinero, es decir, entregar la suma de dinero que se adeuda. El Código Civil Alemán, adoptando este punto de vista, emplea la palabra ejecución para hablar del cumplimiento de las obligaciones en general (artículos 362 y siguientes), y reserva la palabra pago para expresar con ella el de las obligaciones de dar sumas de dinero (artículo 244).

(17) SALVAT, Raymundo M. Op. cit., Tomo II, Página 182.

(D) ***Posición de Jacques Dupichot.***

Para el profesor francés Jacques Dupichot[18], el pago es una convención por la cual el deudor (llamado **solvens**) ejecuta una prestación debida (de cualquier naturaleza, aunque generalmente consiste en entregar dinero), mientras el acreedor (llamado **accipiens**) recibe esta última.

(E) ***Posición de Alex Weill y François Terré.***

Según los civilistas franceses Alex Weill y François Terré[19], en el lenguaje jurídico la palabra pago tiene un sentido más amplio que en el lenguaje común. En este último, el pago apunta al desembolso de dinero debido por el deudor al acreedor. En Derecho, el pago es el cumplimiento de la prestación debida por el deudor, cualquiera que sea su objeto.

(F) ***Posición de Boris Starck, Henri Roland y Laurent Boyer.***

Los autores franceses Starck, Roland y Boyer[20] señalan que el pago, como lo llama Pothier, es la manera normal de extinción de la obligación: la relación obligatoria finaliza mediante la satisfacción dada al acreedor. En sentido técnico, el término pago es sinónimo de ejecución y se aplica a todas las prestaciones cualquiera que sea el objeto; puede ser la liberación de mercaderías, la realización de un retrato, la restitución de un objeto prestado... En sentido común, el pago designa tan sólo a la prestación pecuniaria y, como la mayoría de obligaciones tienen por objeto una suma de dinero, se entiende que en lenguaje corriente, el significado de "pagar", se encuentra limitado a los reglamentos monetarios: desembolso en efectivo, remesa de cheques, transferencia

(18) DUPICHOT, Jacques. Op. cit., Páginas 109 y 110.
(19) WEILL, Alex y TERRE, François. Op. cit., Página 963.
(20) STARCK, Boris, ROLAND, Henri y BOYER, Laurent. Op. cit., Página 69.

de cuenta a cuenta, aceptación de una letra de cambio, uso de documentos bancarios.

(G) ***Posición de Arturo Valencia Zea.***

En opinión del profesor colombiano Arturo Valencia Zea[21], las palabras cumplimiento o pago pueden mirarse, en general, como sinónimas; pero conviene notar que en la práctica se utiliza la palabra pago en diferentes sentidos.

En un primer sentido -dice Valencia Zea- se emplea como cumplimiento de las prestaciones consistentes en sumas de dinero; pero éste es un sentido muy restringido. En forma más amplia indica el cumplimiento de la prestación debida. En este sentido emplea el Código Civil Colombiano la citada expresión al decir que "pago efectivo es la prestación de lo que se debe" (artículo 1626). Por lo tanto, pago es cualquier cumplimiento de prestaciones debidas: las consistentes en sumas de dinero, las de trasmitir la propiedad (tradición), las de constituir derechos reales, las de hacer cesión de créditos o de realizar prestaciones de mero hacer o servicios.

Sin embargo -concluye el profesor colombiano citado-, el Código y la doctrina suelen distinguir entre pago efectivo y pago no efectivo. El primero consiste en pagar exactamente la misma prestación convenida; el segundo, en reemplazarla por una nueva obligación (novación).

(H) ***Posición de Antonio de la Vega Vélez.***

Para el profesor colombiano Antonio de la Vega Vélez[22], el pago efectivo, también llamado solución, no debe entenderse en su sentido literal y vulgarizado de dar una cantidad de dinero u

(21) VALENCIA ZEA, Arturo. Op. cit., Tomo III, Página 411.
(22) DE LA VEGA VELEZ, Antonio. Op. cit., Página 249.

otra especie cualquiera, sino en su acepción más amplia de cumplir la obligación que se ha contraído, cualquiera que ella sea. Esta puede consistir en dar dinero o en transferir el dominio de una cosa; pero también puede estribar en hacer o no hacer algo, en ejecutar una prestación dinámica o en observar una abstención. Si te obligaste, por ejemplo, a fabricarme un coche -dice De la Vega Vélez-, la construcción del vehículo es el pago de tu obligación.

(I) ***Posición de Antonio Hernández Gil.***

El tratadista español Antonio Hernández Gil[23] efectúa un minucioso estudio acerca del concepto y la naturaleza del cumplimiento; además del análisis de las expresiones "cumplimiento", "pago" y "**solutio**". Por considerar de sumo valor las expresiones del mencionado profesor, las consignamos a continuación:

"El cumplimiento o pago es la realización de la prestación debida que trae por consecuencia la extinción de las obligaciones. La sola utilización de las expresiones 'cumplimiento', 'pago' y 'extinción' plantea problemas terminológicos y sistemáticos a los que conviene referirse ante todo.

Es generalmente admitida la distinción entre el cumplimiento normal o voluntario y anormal o forzoso. Por cumplimiento, sin más, entendemos el llamado cumplimiento voluntario. Este es el sentido más propio de la expresión cumplimiento; el cumplimiento normal es, por antonomasia, el cumplimiento. El haber entendido la prestación como conducta justifica, además, especialmente este criterio. El denominado cumplimiento anormal constituye la ejecución forzosa; y aunque en un sector de la ejecución forzosa - el de la ejecución forzosa en forma específica- siga contando la conducta del obligado, las diferencias son importantes, aparte de que para llegar a la ejecución forzosa ha de pasarse a través de un incumplimiento voluntario e imputable.

---

(23) HERNANDEZ GIL, Antonio. Op. cit., Páginas 271 y siguientes.

Interesa puntualizar la relación en que se encuentran las expresiones 'cumplimiento', 'pago' y '**solutio**'. Hay una cierta equivalencia, generalmente resaltada por la doctrina y reflejada también en el Código. Ruggiero-Maroi enuncian esta equivalencia de manera plena y terminante. Dicen: 'Cumplimiento es la exacta ejecución de la prestación por parte del deudor: son sus perfectos sinónimos pago y **solutio**'. La afirmación, sin dejar de ser cierta en el fondo, acaso peque de exagerada. La expresión latina '**solutio**' tiene dos acepciones que suelen resaltar los romanistas (Girard, Solazzi, Iglesias, etc.): la originaria y etimológica, que indica ampliamente toda liberación del deudor (*Digesto* 46, 3, 54), y en tal sentido, '**solutio**' equivale a extinción; y otra posterior y más restringida, que entiende por '**solutio**' la prestación de lo que es debido (*Digesto* 50, 16, 176). Esta segunda acepción de '**solutio**' es la que principalmente recogen las expresiones pago o cumplimiento. Así, Girard escribe: 'el pago, '**solutio**' en sentido estricto, es la extinción de la obligación'. Luego el pago y el cumplimiento se identifican, y ambos traducen el concepto de la '**solutio**' en sentido estricto.

Ahora bien, la equiparación de los términos pago y cumplimiento sólo puede hacerse sobre la base de atribuir al pago una significación específicamente técnica. En el común empleo de las palabras no existe esta equivalencia. La palabra pago suele utilizarse en un sentido más restringido para referirse precisamente a la entrega de una cantidad de dinero. Pago es pago con dinero, cumplimiento, en fin, de la compraventa o de la renta en el arrendamiento. Pero en estos mismos contratos no se dice que 'paga', sino que 'cumple' el que entrega la cosa vendida o arrendada.

La equivalencia entre pago y cumplimiento, que tiene por base atribuir al pago una significación técnico-jurídica, está recogida en el Código Civil. Según el artículo 1.156, fundamental en la materia, 'las obligaciones se extinguen: por el pago o cumplimiento'; el artículo 1.822, relativo a la fianza, habla de 'pagar o cumplir'. Pero el propio Código no mantiene la equivalencia de manera rigurosa. El artículo 1.445 utiliza la expresión 'pago' refiriéndola sólo al precio y no a la entrega de la cosa ('entrega una cosa determinada y... pagar por ella un precio cierto'). Igual se observa

en los artículos 1.500, 1.555 y en otros varios. Y, sin embargo, para titular la sección primera del capítulo IV, relativa a la extinción de las obligaciones, dice sólo 'del pago'.

Así las cosas, ¿qué expresión preferir? No cabe, desde luego, un rígido exclusivismo. La expresión 'pago' ofrece la ventaja de que enuncia por sí sola y de manera más clara que se trata precisamente del cumplimiento de las obligaciones, lo cual no se consigue con la expresión cumplimiento por si sola en cuanto es susceptible de otras aplicaciones: cumplimiento de la condición, cumplimiento de la edad, de la pena, etc. Pero esta claridad tiene como contrapartida la de que se procede con un tecnicismo en cierta pugna con la realidad a la que el Derecho debe de servir ante todo. Y si en la esfera estrictamente jurídica no ha llegado a imponerse de manera exclusiva y general la expresión pago, no parece aconsejable atenerse rígidamente a ella.

En orden al encuadramiento sistemático del cumplimiento, se siguen diversos criterios. Uno de ellos consiste en estudiarlo entre los modos de extinción de las obligaciones, al frente de los mismos, pues es el modo extintivo por excelencia. Otro criterio seguido es el de anteponer el examen del cumplimiento a la extinción de las obligaciones, considerándole como efecto de éstas en unión del incumplimiento. Como criterio intermedio figura el de distribuir su examen en uno y otro lugar, o sea, como efecto de las obligaciones y como extinción. Este criterio, y sobre todo los dos primeros, están en función del alcance que se atribuya al cumplimiento. Si lo que sobre todo quiere resaltarse es el resultado, es lógico que se le encuadre entre los modos de extinción, con lo que además se consigue una más depurada agrupación sistemática. Pero la conveniencia de un examen detenido del proceso conducente a aquel resultado justifica su exposición previa respecto de los demás modos de extinción.

(...)

Un concepto del cumplimiento que aspire a ser, en la mayor medida posible, cierto y completo, ha de hallarse en función de estas dos exigencias: señalar que el fenómeno jurídico del cumplimiento es, al mismo tiempo, fin y medio; y ser congruente con la noción de la obligación.

El cumplimiento se define por el fin a que tiende en cuanto produce la extinción de la obligación. El efecto extintivo es consustancial con el cumplimiento; sin extinción no hay cumplimiento. La extinción de la obligación es, a la vez, extinción de la deuda y extinción del crédito. El deudor se libera; deja de ocupar la posición jurídica en que hasta entonces aparecía inserto. El acreedor ve así satisfecho su derecho; y también deja de ocupar la posición jurídica correspondiente. Termina la situación de tensión entre el derecho, mantenido por el deber correlativo, y el deber, mantenido por el derecho igualmente correlativo. Pero el efecto extintivo no es bastante por sí sólo para caracterizar el cumplimiento, ya que también se produce en otros supuestos (novación extintiva, compensación, confusión, etc.). Pese a ello, sería erróneo atribuir al cumplimiento una significación jurídica equivalente a la de los demás medios susceptibles de producir el efecto extintivo; goza de prioridad. Ahora bien, es suficiente con que no pueda ligarse a él con exclusividad el efecto extintivo para que se imponga la consideración del cumplimiento como medio.

El cumplimiento se define como medio si se piensa que el fin extintivo se produce de un cierto modo. A un cierto modo de lograr aquel fin le llamamos cumplimiento. ¿En qué consiste el cumplimiento en cuanto medio? ¿Qué es conjuntamente considerado?

Las diversas concepciones de la obligación (...) representan, en definitiva, otros tantos puntos de vista sobre el cumplimiento. La concepción de la obligación sólo como 'deber de prestación', subrayando el aspecto personal y pasivo de la deuda, desemboca en un concepto estricto del cumplimiento, que comprende únicamente la realización de la prestación a través de la conducta del deudor. La concepción de la obligación desde el punto de vista activo, como el conjunto de poderes que corresponden al acreedor y que en último término se proyectan sobre el patrimonio del deudor (responsabilidad), amplía o, por mejor decir, desdibuja la noción del cumplimiento en la misma medida que pierde relieve la

conducta del deudor para reducirlo todo a la satisfacción del interés del acreedor. Como tesis intermedia queda el considerar que hay cumplimiento siempre que se realiza la prestación, abstracción hecha de cómo y por quién, con lo que el cumplimiento se extiende tanto a la realización de la prestación por el deudor, cuanto por un tercero, como a la actuación judicial dirigida a la ejecución en forma específica.

La concepción de la obligación desenvuelta por nosotros es sumamente amplia. La amplitud se logra sobre la base de imputar al concepto todas las consecuencias jurídicas que se hallan en función de la obligación. Ahora bien, sin romper la línea de la congruencia, entendemos que el cumplimiento, en su significación estricta y propia, es sólo la realización de la prestación por el deudor. No es legítimo reducir el concepto de la obligación al del cumplimiento en este sentido estricto; ni tampoco considerar como cumplimiento todos los modos de extinción de la obligación. La congruencia entre obligación y cumplimiento no estriba en la literal simetría, sino en la armónica conjunción. De todas las consecuencias jurídicas que produce la obligación, la que queda absorbida por el cumplimiento es la representada por la actuación del 'deber de prestación'. El 'deber de prestación', que es el fundamento esencial de la obligación en cuanto no es concebible sin él, se canaliza a través del cumplimiento; éste se presenta como el cauce de aquel deber. Pero como el 'deber de prestación' puede no observarse por el deudor, de ahí que se originen otras consecuencias jurídicas que, aun produciendo la extinción de la obligación, no se integran en el cumplimiento.

Conjugando, pues, el efecto extintivo con el medio a través del cual se logra, puede definirse el cumplimiento como la extinción de la obligación -del crédito y de la deuda- mediante la realización del deber de prestación.

Como situaciones más próximas al cumplimiento (en sentido estricto), y que si se consideran agrupadamente con él dan lugar al cumplimiento en sentido amplio, se encuentran: la intervención del tercero en el cumplimiento, la prestación en lugar del cumplimiento y la ejecución en forma específica. Todos estos supuestos

tienen de común con el cumplimiento estrictamente entendido la producción del efecto extintivo mediante un comportamiento que determina la satisfacción del interés del acreedor. Pero, o el efecto extintivo de la obligación no se presenta por sí sólo, o el medio utilizado no es exactamente el mismo, o ambas cosas a la vez. Cuando interviene un tercero, la prestación se realiza, pero no por el obligado; de manera que se logra el resultado a que tiende el 'deber de prestación', aunque no del modo previsto, y al efecto extintivo aparecen ligados otros, como son el reembolso y la subrogación. Cuando no se realiza la misma prestación que figura como debida, habida cuenta del derecho del acreedor a la identidad de la prestación, el efecto extintivo queda subordinado al consentimiento o al asentimiento del acreedor, con lo que el 'deber de prestación' resulta modificado o, en todo caso, se requiere un concurso del acreedor que no ha de prestarle en el cumplimiento propiamente dicho. Y cuando se obtiene judicialmente la ejecución en forma específica, si bien se realiza la misma prestación e incluso es posible que la efectúe el propio deudor (porque la concreta actividad sustitutiva procedente de la intervención judicial sólo se desarrolla si el deudor condenado no coopera a la ejecución), siempre tendremos que a la situación representada por la reclamación judicial y la subsiguiente ejecución en forma específica sólo se puede llegar a través del incumplimiento.

El Código Civil formula un concepto del cumplimiento en el que se matiza claramente su doble significación de fin y medio. Conforme al artículo 1.156, 'las obligaciones se extinguen: 1º Por el pago o cumplimiento'; y a tenor del artículo 1.157 'no se entenderá pagada una deuda sino cuando completamente se hubiese entregado la cosa o hecho la prestación en que la obligación consistía'. Ahora bien, al referirse este último artículo a la realización de la prestación, lo hace de manera impersonal; no alude a la realización de la prestación por el obligado, el deudor; lo que sobre todo resalta es que la prestación se realice. Ello no excluye, claro está, la idea de la realización por el deudor, ya que a él incumbe el deber correspondiente. Pero está en armonía con la amplitud con que se reconoce la intervención del tercero (artículo 1.158). Para el Código Civil hay cumplimiento siempre que la obligación se extingue mediante la realización de la prestación."

Hasta aquí las expresiones de Hernández Gil.

(J) ***Posición de Ernesto Clemente Wayar.***

Analizando los mismos problemas tratados por Hernández Gil, pero desde su propia perspectiva, citaremos las expresiones del tratadista argentino Ernesto Clemente Wayar[24]:

"El cumplimiento voluntario es, por antonomasia, el cumplimiento; de allí que de ahora en más, cuando se hable de cumplimiento se aludirá a la realización voluntaria de la prestación. La doctrina y las legislaciones suelen emplear, con idéntico sentido, las voces '**solutio**' y 'pago', de donde resulta que estas dos palabras son usadas con el mismo significado que aquella otra. En realidad, no hay obstáculos para aceptar esta trilogía, siempre que se tenga en cuenta lo siguiente:

a) La expresión latina '**solutio**' era usada, en el lenguaje jurídico de los primeros tiempos, para designar la extinción de la obligación y la consiguiente liberación del deudor. Más adelante, depurado el primitivo lenguaje, la voz '**solutio**' significaba que el deudor 'hizo lo que prometió hacer', como aparece consignado en el *Digesto*. Con este último significado, '**solutio**' y cumplimiento son equivalentes.

b) La palabra 'pago' tiene, como se verá enseguida, diversas acepciones: sólo cuando se la usa en el sentido técnico adecuado equivale a 'cumplimiento'. Dado que Vélez Sarsfield utilizó casi siempre la palabra 'pago' como sinónimo del cumplimiento, es importante, para evitar equívocos, precisar cuál es la significación técnica de la primera. Esto permitirá saber cuándo 'pago' significa 'cumplimiento', y cuándo no.

(...)

(24) WAYAR, Ernesto Clemente. Op. cit., Tomo I, Páginas 214 y siguientes.

La palabra 'pago', de uso tan frecuente en el lenguaje jurídico, reconoce diversas acepciones:

a) En sentido general y amplio, algunos autores, e incluso ciertas legislaciones -si bien por licencias del lenguaje-, suelen emplearla como sinónimo de extinción de la obligación; es decir, con la expresión 'pago' se alude a cualquiera de los medios extintivos que implican la disolución del vínculo y liberación del obligado, aunque el acreedor haya quedado insatisfecho. En este sentido, se diría que hay pago cuando la obligación se extingue por transacción, compensación, etc. Tal vez esta acepción siga las huellas etimológicas del vocablo latino '**solutio**', que los romanos de la época anterior a las *Doce Tablas* empleaban para designar toda clase de ruptura del vínculo jurídico. Por cierto, semejante amplitud desdibuja el verdadero sentido de la palabra, tornándola borrosa y haciéndole perder utilidad.

b) En sentido del todo restringido, la voz 'pago' es también utilizada, con mayor frecuencia, en el lenguaje vulgar o común -aunque a veces se la encuentra en el léxico estrictamente jurídico-, para designar el cumplimiento de las obligaciones por medio de la entrega de una suma de dinero. 'Pagaré', según esta acepción, significa 'entregar la suma de dinero que se debe'. Cabe hacer notar que esta acepción ha sido aceptada por el derecho positivo, según se puede comprobar leyendo el 362, primera parte, del Código Civil alemán (B.G.B.). Tampoco esta acepción conviene, pues, como se verá, no sólo se aplica para quien entrega dinero, sino que lo hace, en general, para todo deudor que desarrolla 'la conducta esperada' por el acreedor.

c) Es también común utilizar la expresión 'pago' para referirse a aquellas prestaciones que se cumplen mediante la entrega de cantidades de cosas, sean éstas fungibles o no. Así, paga quien entrega 10 bolsas de harina, 100 vacunos, etc. Esta acepción, si bien más amplia que la anterior, dado que no limita el pago a la entrega de sumas de dinero, no consiste únicamente en la entrega de cosas, sino que se con-

creta, sobre todo, cuando el deudor realiza aquello que constituye 'la prestación'.

d) Por fin, con mayor rigor, la expresión 'pago' está referida al 'acto de cumplir específicamente el comportamiento prometido o esperado por el acreedor, acto que al tiempo de satisfacer el interés de éste, deshace el vínculo liberando al deudor'. Con este significado -que es el que corresponde, según nuestro léxico jurídico-, 'pago' y 'cumplimiento', así como 'pagar' y 'cumplir', son expresiones equivalentes, por lo que puede usárselas indistintamente.

(...)

Según se infiere de lo expuesto, la relación de obligación -que es esencialmente dinámica- concluye su desarrollo normal por medio del pago, el cual constituye el modo natural de disolución del vínculo jurídico que toda obligación implica. Pero, ¿qué es el pago?

a) Pago como 'cumplimiento de la prestación'.

La más difundida doctrina define el pago como el 'cumplimiento de la prestación', a la cual añade que la prestación es la 'conducta debida por el deudor'. El pago, entonces, es el cumplimiento de la prestación por medio de la conducta del deudor. Esta afirmación, como otras similares, es derivación de aquella doctrina que concibe la obligación exclusivamente como el deber de prestación, por lo cual resulta lógico que el cumplimiento consista en la realización de ese deber. Pero semejante conceptuación olvida -como se demostrará en los párrafos que siguen- que la obligación no es sólo el deber, ya que se integra también con el crédito cuya satisfacción es esencial para que se configure el pago. Por tanto, pagar no es únicamente realizar la prestación, sino también satisfacer el crédito; y, como se verá luego, no siempre aquella realización produce el resultado indicado.

b) Pago: conducta dirigida a un resultado.

Para cierta doctrina, cumple, o paga, aquel sujeto (**solvens**) que despliega un conjunto de actividades encaminadas a satisfacer en plenitud el interés del acreedor (**accipiens**), concediéndole el objeto específico sin adulteraciones en su esencia y sin demora o retardo en hacerlo efectivo. Implica un comportamiento del sujeto obligado (depositario del 'deber de prestación'), dirigido a la obtención de un fin: satisfacer la expectativa del sujeto investido del poder correlativo (destinatario del pago). Según Greco, es la realización de una conducta concordante con la debida, conducta que además tiende a un fin: satisfacer al acreedor.

Para esta doctrina, el pago comprende dos aspectos, es decir, se integra con la yuxtaposición o suma de una actividad y de un resultado; como lo destaca Larenz, no sólo comprende la actuación del deudor encaminada a cumplir, sino también la obtención de su resultado. Por ejemplo, si se trata de la transferencia de una cosa y la obligación es de remisión, la actuación del deudor concluye cuando ha enviado la cosa, pero el resultado de la prestación tiene lugar cuando el acreedor la ha recibido. Por ende, sólo hay 'pago' cuando la actividad del deudor alcanza el resultado.

c) Pago: prestación que procura el objeto.

Para otra doctrina, el concepto de pago requiere distinguir cuidadosamente entre la prestación y el objeto de la obligación. Por no efectuar esta distinción, es errada toda conceptuación que afirme que con el solo cumplimiento de la prestación se obtiene la satisfacción del acreedor. Para quienes identifican 'prestación' y 'objeto', es lógico que el cumplimiento de la primera implique la obtención del segundo. Pero si se diferencia a ambos elementos, se comprobará que es posible, en ciertos casos, que el acreedor no obtenga el objeto aunque el deudor haya cumplido su prestación. Así, en el ejemplo propuesto por Larenz, cuando el deudor remite la cosa al acreedor agota su deber de conducta, es decir, cumple la prestación; pero si la cosa se pierde en el trayecto por caso fortuito (sin culpa del deudor), el acreedor verá

frustrada su expectativa. En este caso, afirman, no hubo pago, aunque el deudor cumplió su deber de prestación. A la inversa, cuando el acreedor obtiene el objeto, pero por medios distintos de la actuación del deudor (supuestos de ejecución forzada), hay pago pese al 'incumplimiento'. Como corolario de tales razonamientos, se dice que sólo puede haber pago cuando además del cumplimiento de la prestación el acreedor obtiene el objeto debido. Siguiendo estas ideas, se lo ha definido como 'el cumplimiento de la prestación que procura al acreedor el objeto de la obligación'.

(...)

Partiendo del texto de Vélez Sarsfield -tomado, como se vio, de Zachariae-, y recogiendo las observaciones apuntadas en el análisis crítico, es posible formular algunas conclusiones. El pago o cumplimiento es 'la realización de la prestación que le proporciona al acreedor el objeto debido para la satisfacción de su interés, al tiempo que extingue el vínculo y libera al deudor.'

El concepto se integra con la prestación y objeto, para que no queden dudas acerca de que la sola realización de la conducta no basta, si de ella el acreedor no obtiene el objeto que satisface su interés. Por esto se ha dicho que el cumplimiento es, al mismo tiempo, fin y medio; en el pago, considerado en estricto sentido técnico-jurídico, el medio es siempre único y consiste en la realización de la prestación por el deudor, en tanto que los fines son varios, ya que aquella prestación tiende a satisfacer al acreedor proporcionándole el objeto debido, a extinguir el vínculo y a liberar al deudor.

De las definiciones analizadas, salvo aquella que resume el pago en el 'cumplimiento de la prestación', se extrae una conclusión segura: la mera actividad del deudor no basta; siempre será necesario la obtención del resultado (Larenz, Beltrán de Heredia), o la satisfacción del interés por medio del objeto (Zannoni). Por otra parte, también se observa que el pago, en sentido estricto, sólo se logra cuando 'el medio' está dado por la prestación del deudor; en cambio, cuando la satisfacción del acreedor adviene

por otras vías -por ejemplo, mediante el llamado 'pago por tercero'-, es necesario asignarle un sentido más amplio al 'cumplimiento', para que esta figura u otras puedan quedar comprendidas dentro de él."

(K) ***Posición de Manuel Augusto Olaechea.***

El propio Doctor Manuel Augusto Olaechea, en sus comentarios al Primer Anteproyecto del Libro V del que posteriormente fuera el Código Civil de 1936[25], manifestaba que "...el pago tiene dos acepciones: una amplia y otra restringida. Según la primera, el pago abarca todas las formas o causas de extinción de las obligaciones; y conforme a la segunda, el pago es el cumplimiento directo de la obligación.- El Anteproyecto legisla el pago sólo en su acepción restringida."

(L) ***Posición de Robert Joseph Pothier.***

Robert Joseph Pothier[26] señalaba que el pago real es el cumplimiento real de lo que uno se ha obligado a dar o hacer. Cuando la obligación es de hacer alguna cosa, el pago real de esta obligación consiste en hacer la cosa que uno se ha obligado a hacer.

Cuando la obligación es dar alguna cosa, el pago es la dación o traslación de la propiedad de esta cosa.

Agrega que es evidente que quien ha satisfecho su obligación queda libre de ella: de donde se sigue que el pago real, que no es otra cosa que el cumplimiento de la obligación, es la manera más natural de extinguir la obligación.

---

(25) COMISION REFORMADORA DEL CODIGO CIVIL PERUANO de 1852. Op. cit., Fascículo V, Página 178.
(26) POTHIER, Robert Joseph. Op. cit., Segunda Parte, Página 187.

(M) ***Posición de C. Demolombe.***

Por su parte, Demolombe[27] trataba el tema de manera muy ilustrativa:

"En los términos del artículo 1234 (se refiere -naturalmente- al Código Napoléon) el pago es un modo de extinción de las obligaciones, el modo mismo, hemos dicho, el más natural o el más típico.

El pago entonces extingue la deuda.

Y a la vez que extingue la deuda, extingue necesariamente también todos sus accesorios, es decir, todos los seguros destinados a garantizar la recuperación: la fianza (artículo 2034); el privilegio; la hipoteca (artículo 2180); y todos los demás.

A más deuda principal, más accesorios (artículos 2071 a 2114).

Este efecto extintivo del pago es absoluto.

Ya sea porque lo hizo el deudor con su propio dinero o con dinero prestado de un tercero para pagarle al acreedor; o porque otro lo realizó, un codeudor, un fiador, un mandatario o un administrador de negocios.

En todos los casos el pago extingue la deuda y sus accesorios.

¡Deuda pagada, deuda extinguida!
No importa con qué medios.
No importa por quién.

'**Nec tamen interest quis solvat,** dice Justiniano, **utrum ipse qui debet, an alius pro co; liberatur enim et alio solven-**

(27) DEMOLOMBE, C. Op. cit., Tomo XXVII, Páginas 257 y 258.

te...' (*Instituta*, Libro III, Título XIX. Quibus modis obligatio tollitur, principio).

He aquí el principio del Derecho Civil, en su pureza primitiva."

(N) ***Posición de G. Baudry-Lacantinerie.***

De otro lado, Marie Paul Gabriel de Baudry-Lacantinerie[28] señalaba que la obligación (de **ob ligare**) es un lazo de derecho. El modo normal de disolución de este lazo es el pago, es por esto que los Romanos lo llamaban **solutio** (de **solvere**, desatar), expresión que en su generalidad debería comprender todos los modos de extinción de las obligaciones. No obstante, se reserva el nombre de pago a la extinción de la obligación por el cumplimiento de la prestación prometida. Un deudor paga haciendo lo que prometió hacer. **Solvere dicimus qui facit quod facere promisit.**

Por lo tanto -decía el más ilustre exégeta francés-, la palabra pago en el lenguaje del Derecho, no designa solamente como en el lenguaje común, a la numeración de una cantidad de dinero, sino también otra prestación efectuada en cumplimiento de una obligación. De este modo, el vendedor paga entregando la cosa vendida, así también como el comprador le entrega el precio.

(O) ***Posición de Héctor Lafaille.***

Para Héctor Lafaille[29] la palabra "pago", muy usual en el léxico jurídico y aun en el corriente, se presta para distintas acepciones:

a) Suele emplearse en doctrina, y hasta en legislación, para expresar cualquiera de los medios extintivos que conocemos,

(28) BAUDRY-LACANTINERIE, G. Op. cit., Tomo II, Página 145.
(29) LAFAILLE, Héctor. Op. cit., Tomo VI, Volumen I, Páginas 294 y 295.

ya que directamente o indirectamente llevan aparejado, si no el cumplimiento de la obligación, la ruptura del vínculo. Tal es también el sentido originario del vocablo latino **"solutio"**;

b) En forma más circunscrita, es el acto de ejecutar la prestación, o sea el medio normal y previsto de satisfacer al acreedor y poner fin al nexo formado;

c) Es común utilizarla también cuando se hacen efectivas ciertas obligaciones, como las de dar cantidades de cosas, fungibles o no fungibles;

d) Como forma corriente, envuelve la entrega de una suma de dinero, y este concepto vulgar ha pasado al derecho positivo, según ocurre con el Código Alemán.

Hasta aquí las consideraciones del tratadista argentino.

(P) ***Nuestra posición.***

Por nuestra parte, podemos decir que es cierto que vulgarmente se entiende por pago la entrega de una cantidad dineraria debida. La Real Academia de la Lengua Española[30] entiende por pago a la "entrega de un dinero o especie que se debe". Sin embargo, dentro del campo del Derecho de Obligaciones, la definición de la Real Academia resulta incompleta.

Establecer una definición del pago debe pasar por el análisis de las diversas posiciones que sobre el particular ha tenido la doctrina de nuestra tradición jurídica. De allí el exhaustivo análisis doctrinario que hemos efectuado.

Pago, en Derecho de Obligaciones, es la ejecución de una prestación debida, ya sea ésta de dar, de hacer o de no hacer.

---

(30) REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Op. cit., Tomo II, Página 993.

Por lo tanto, habría que agregar a la definición de la Real Academia la posibilidad de que se pague con un servicio, con un acto o con una abstención, si es que el deudor o deudores se hubiesen obligado a ello.

Si bien nuestro Código Civil no ha asumido una definición del pago, entendemos que sería de aplicación la antes enunciada.

En tal orden de ideas, podríamos recapitular el tema de su definición, expresando los siguientes conceptos:

La palabra "pago" se utiliza, en Derecho, con tres acepciones:

(1) En sentido común o vulgar el pago consiste en el desplazamiento de una suma de dinero por el deudor en favor del acreedor, con el objeto de cumplir con una prestación de naturaleza pecuniaria. Excepcionalmente, el Código Civil Alemán, en su artículo 244, emplea la palabra "pago" para el cumplimiento de obligaciones dinerarias, usando la palabra "ejecución" para referirse al cumplimiento de obligaciones de otra naturaleza (artículos 362 y siguientes).

(2) En sentido jurídico, la palabra "pago" significa el cumplimiento de cualquier prestación de dar, de hacer o de no hacer.

En este orden de ideas, paga, en las obligaciones de dar, quien entrega el bien objeto de la obligación.

En las obligaciones de hacer el pago se produce cuando el deudor cumple con practicar el hecho prometido. Este hecho puede ser inmaterial -por ejemplo, el abogado que se obliga a defender a su cliente de palabra ante los tribunales-, o traducirse, luego de la actividad del deudor, en la entrega de un bien fruto de esa actividad -el pintor que se obliga a confeccionar un retrato-. En este último caso se trata de una obligación de hacer, porque lo que prevalece es la actividad del sujeto pasivo que, en el caso propuesto, se traduce en hechos destinados a cumplir la prestación, los que resultan

consecuencia de sus calidades artísticas; pero la obligación sólo quedará pagada cuando se efectúe la entrega del bien objeto de esa actividad.

En las obligaciones de no hacer, esto es, en las obligaciones negativas, el pago se produce por la simple abstención, omisión o inactividad del deudor.

(3) En su acepción más amplia, el pago originaría la extinción de la obligación, cualquiera que sea la forma que ella adopte. Desde este punto de vista, constituiría pago no sólo el cumplimiento de la obligación, sino cualquier otro medio extintivo que empleen las partes, llámese novación, compensación, condonación, transacción, etc.

Esta tesis se sustenta en expresiones de Paulo, contenidas en el *Digesto*, quien expresaba que el pago consistía en cualquier modo de extinción de la obligación, porque pago era "**solutio**" y esta palabra significaba "disolución de la obligación". Pero el Derecho ha evolucionado, y hoy la palabra "**solutio**" se emplea como sinónimo de pago, y no alcanza a las otras formas de extinción previstas por la ley.

Nosotros utilizamos la palabra "pago" en su segunda acepción, esto es, como el cumplimiento de cualquier obligación de dar, de hacer o de no hacer. Esta interpretación, por lo demás, es perfectamente coherente con lo previsto por el Código Civil. Dentro de los efectos de las obligaciones, la ley peruana distingue entre el pago (artículos 1220 al 1276) y los otros medios de extinguir la obligación, tales como la novación (artículos 1277 al 1287); la compensación (artículos 1288 al 1294); la condonación (artículos 1295 al 1299); la consolidación (artículos 1300 y 1301); la transacción (artículos 1302 al 1312); y el mutuo disenso (artículo 1313).

Por otra parte, el propio Código Civil, dentro del título del pago, trata expresamente de las obligaciones de dar sumas de dinero, específicamente, entre otros preceptos, en los artículos 1234, 1235 y 1237. Pero en ese mismo título regula, además, la

extinción, por su debido cumplimiento, de toda clase de obligaciones, lo que determina que la ley peruana no se circunscriba, en esta materia, a las obligaciones pecuniarias, descartando así la acepción de la palabra "pago" en su sentido común o vulgar.

Por otra parte, debemos decir que la primera de las normas que el Código Civil Peruano consigna para el tema del pago es el artículo 1220, por el cual se establece que él se entenderá efectuado solamente cuando se haya ejecutado íntegramente la prestación.

De acuerdo con los principios y preceptos estudiados al tratar las obligaciones según su objeto, pudimos observar los temas del cumplimiento o ejecución total y ejecución parcial de una obligación (o mejor dicho, de la prestación objeto de la obligación). En tal sentido -recordemos- se considerará ejecutada una prestación, solamente cuando ésta se cumpla y este cumplimiento implique la realización completa, íntegra, del dar, hacer o no hacer prometido. Definitivamente un dar, hacer o no hacer cumplidos parcialmente, nos llevará al tema del incumplimiento parcial, puesto que si algo se cumple en parte, ese algo también se incumple en otra parte. Entendemos que estos razonamientos fluyen de la simple lógica.

Es en tal sentido que el Código Civil Peruano recoge el principio del artículo 1220. Así, y de acuerdo con esta norma, una prestación ejecutada sólo parcialmente (lo que equivale a decir inejecutada parcialmente) no cumple la finalidad del pago, cual es, fundamentalmente, la extinción de la obligación. Un cumplimiento parcial no extingue la obligación, lo que significa que no es pago en sentido estricto, a menos que así lo entienda y acepte (asienta) el acreedor. En este caso, el cumplimiento parcial tendrá los efectos de un pago parcial de la prestación debida.

- ***Requisitos del Pago.***

Respecto de los requisitos del pago, éstos son los siguientes:

(a) Preexistencia de una obligación;

(b) Que la prestación se efectúe con **animus solvendi**;

(c) Que se pague aquello que se debe; y, finalmente,

(d) Que se pague integralmente lo debido.

A continuación el desarrollo de los mismos:

(a) ***Preexistencia de una obligación.***

Como dice el maestro León Barandiarán[31]:

"El primer requisito del pago, la preexistencia de una obligación, que por aquél se extingue, está inserto dentro del precepto 1234 (se refiere al Código Civil de 1936). El pago, en efecto, no puede significar otra cosa que cumplir con aquello que se debe: **solvere dicimus eum, qui fecit, quod facere promisit**. Si no existiere obligación preexistente, habría lugar a que funcionase el recurso de la repetición respectiva, la **conditio indebiti**."

Por nuestra parte, podemos decir que este primer requisito resulta de palmaria evidencia. La ejecución de una prestación no debida es cualquier cosa menos pago.

(b) ***Que la prestación se efectúe con animus solvendi.***

A decir del Doctor León Barandiarán, el segundo requisito del pago, que la prestación se efectúe con **animus solvendi**, es también de inmediata evidencia. Si dicha intención falta, no hay propiamente pago.

Según Eduardo B. Busso[32], como elemento necesario del

(31) LEON BARANDIARAN, José. Op. cit., Tomo II, Páginas 258 a 260.
(32) BUSSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo IV, Páginas 301 y siguientes.

pago se menciona -aparte de la prestación misma, o elemento material- la intención de pagar (**animus solvendi**), pero los autores discrepan sobre diversos puntos, especialmente sobre si el **animus** constituye un elemento esencial del pago.

Señala Busso que el punto se vincula al de la naturaleza jurídica del pago. Si se admite que el pago es un acto jurídico, resulta por lógica implicancia que el **animus** o intención de pagar es requisito necesario.

Sin embargo, quienes consideramos que el pago puede ser tanto un acto jurídico como un simple hecho, sostenemos que, en este segundo supuesto, no es necesario el **animus solvendi**. Dice von Tuhr: hay pago aunque el deudor que cumplió un hacer material o un no hacer ignorara que estaba obligado a esas prestaciones.

Busso piensa que sólo habrá pago cuando el autor de la actividad la aplique al pago de la deuda. Hasta entonces, el mero hacer material o la abstención podrá conducir indirectamente a que se extinga la obligación, o bien podrán ser supuestos de hecho para otra relación o pretensión, como sería el caso de la gestión de negocios, pero no serán actos de pago.

Refiere el citado tratadista que se dice que si el deudor entregó lo que debía, pero lo hizo sin intención de pagar, y el acreedor recibió a título de pago, se habría operado la liberación del primero, quien no podría repetir, señalando que cabría sostener que en tal caso se configuró un pago sin **animus**.

Busso no acepta esta última conclusión, ya que si bien es cierto que el deudor no puede repetir, ello se debe a otras circunstancias. Lo que ocurre es que el acreedor demandado por restitución, podrá oponer en compensación el crédito que por su parte tiene con relación a aquella misma cosa que el deudor le entregó sin **animus solvendi**, en cuyo caso la extinción no se operará por un pago sin **animus**, sino por vía de compensación, que es un modo de extinción distinto.

Anota Busso que algunos autores, para justificar este efecto, recuerdan la máxima romana "**dolo facit qui petir quod rediturus est**", que precisamente constituye el antecedente histórico del instituto de la compensación.

Asimismo, el acreedor demandado por restitución podría contrademandar para que se condenara al deudor a aplicar la prestación ya cumplida al pago de la deuda preexistente. En este caso, la decisión que condene al deudor suplirá la falta de conformidad de éste, de modo que tampoco en este planteamiento habría pago sin **animus** sino extinción por vía de ejecución forzosa. Lo peculiar de esta ejecución es que en ella no se condenará al deudor a cumplir en tiempo futuro, sino a tener por acto de pago la prestación ya realizada.

Según Busso, otros argumentos de que el **animus** es requisito indispensable del pago surgen de este ejemplo que trae el mismo Von Tuhr: no habría pago si el deudor entrega al acreedor aquello que le debe, pero se lo entrega a título distinto, como sería el caso de un préstamo, donación, etc.

Concluye Busso expresando que el pago supone **animus solvendi**, el cual podrá ser contemporáneo a los actos que constituyen el elemento material del pago, o podrá resultar de una manifestación de voluntad posterior que aplique una determinada actividad (dación, hecho o abstención) ya cumplida, a la satisfacción de una deuda preexistente.

Un tema íntimamente vinculado con el del **animus solvendi** es el de la cooperación al pago. Según Busso, en ciertos casos, aparte de la aceptación, el acreedor debe prestar una colaboración más o menos efectiva para que el pago se realice. Se señalan diversos casos prácticos en que esa cooperación es necesaria: quien encarga un retrato a un pintor, debe posar a tal efecto; el adquiriente de cosas que se miden, pesan o cuentan debe concurrir a esas operaciones; el locatario de una obra debe permitir al contratista el acceso al lugar donde deba efectuarse la construcción de la obra; el acreedor de obligaciones indeterminadas debe practicar la correspondiente elección; el acreedor de sumas

de dinero puede estar obligado, en determinadas condiciones, a facilitar "vuelto" al **solvens**, etc. Así las cosas, a decir del citado tratadista -y en criterio que compartimos plenamente-, faltando el acreedor a la colaboración debida, quedaría incurso en mora creditoria.

Guillermo A. Borda[33] trata el tema de la liberación sin causa o putativa. Según el mencionado tratadista, así como puede pagarse sin causa, puede también liberarse sin causa. Es el caso del acreedor no pagado, que creyendo hecho el pago libera al deudor. O del acreedor que sabiendo que no ha sido pagado, otorga en confianza el recibo: el instrumento es nulo, no por error (que no lo hubo porque el firmante sabía que no había recibido el dinero), sino porque la liberación carecía de causa.

Es obvio -dice Borda- que, demostrado que la deuda no se ha pagado, el acreedor conserva todos sus derechos. Por consiguiente, si la deuda estuviere vencida, podrá demandar su pago; si no estuviese vencida, podrá demandarlo al deudor para que le otorgue un nuevo título de la deuda con las mismas garantías y por instrumento de igual naturaleza; y si el deudor se negase, servirá de nuevo título la sentencia que se pronuncia en su favor. Agrega Borda que los gastos necesarios para restablecer la situación anterior del acreedor deben ser a cargo del deudor que de mala fe recibió la liberación; pero si él demostrara que obró de buena fe y que razonablemente puede creer que estaba liberado, dichos gastos deben correr a cargo del acreedor.

(c) ***Que se pague aquello que se debe.***

Como enseña el Doctor León Barandiarán[34] , "El tercer requisito del pago consiste en que se pague aquello que se debe. De otra suerte, el acreedor no queda obligado a recibir la prestación del **solvens**, aunque ésta sea de mayor valor que la debida:

---

(33) BORDA, Guillermo A. Op. cit., Tomo I, Páginas 611 y 612.
(34) LEON BARANDIARAN, José. Op. cit., Tomo II, Página 260.

aliud pro alio invito creditori solvi non potest. Pero este principio, instituido en favor del acreedor, puede ser eliminado, si en ello consiente el acreedor. Así, en caso de dación de pago o de obligación facultativa, el acreedor recibe otro objeto distinto del que le es debido, sin que la operación presente ninguna irregularidad. El principio también resulta descartado en el caso de **datio in solutum necessaria**, por inferencia de la regla **nemo ad factum praecise cogi potest**, concerniente a las obligaciones de hacer. En cuanto a lo que constituye el objeto debido y la forma de prestarlo, es materia que corresponde a las diferentes clases de obligaciones, de dar cuerpo cierto, de cosa genérica, de hacer o de no hacer."

Sobre este tema son múltiples las opiniones de los autores de nuestra tradición jurídica. A continuación consignamos algunas representativas.

(A) ***Posición de Robert Joseph Pothier.***

Precisa Pothier[35] que por lo regular es preciso pagar la misma cosa debida; y un deudor no puede obligar a su acreedor a recibir en pago otra cosa en su lugar.

Enseña Pothier que no sólo no puede el deudor obligar al acreedor a recibir en pago otra cosa que lo que le es debido, sino que si por error el acreedor, creyendo recibir lo que le era debido, hubiese recibido otra cosa, el pago no sería válido, y el acreedor podría, ofreciendo devolver lo recibido, exigir la cosa que se le debe. Anota Pothier que si el acreedor hubiese admitido, en pago de lo que era debido, otra cosa, será válido, a menos de que hubiere lugar a la restitución contra ese pago en caso de lesión, minoría de edad, dolo; y añade que el deudor puede algunas veces obligar al acreedor a recibir, en pago de lo que le es debido, otra cosa, a saber, cuando dicha facultad le ha sido concedida, ya

(35) POTHIER, Robert Joseph. Op. cit., Segunda Parte, Páginas 205 y siguientes.

sea por el contrato, ya sea por algún convenio posterior, facultad que cesa cuando hubiese contestación al pleito.

(B) ***Posición de C. Demolombe.***

Como expresaba Demolombe[36], "el acreedor no puede ser obligado a recibir cosa distinta de aquella que le es debida, aunque el valor de la cosa ofrecida sea igual o incluso mayor."

Señala Demolombe lo siguiente:

"Paul dijo también:

'**...Aliud por alio, invito creditore, solvi non potest'. (**L.2, ss., ff. de Reb. Créd.**)**

El convenio hace la ley de las partes contratantes (artículo 1134).

Usted prometió tal cosa.

¡Entonces se debe dar esta cosa, ésta misma y no otra!

Si esta otra que usted ofrece en su lugar es de menos valor, el rechazo del acreedor para recibirla es evidentemente legítimo.

Pero, ¿y si es de igual valor?

Se dirá entonces ¿qué interés puede tener el acreedor en rechazarla?

El deudor no puede modificar por su simple voluntad la convención que es el producto de voluntades comunes (artículo 1134); ¡el acreedor consideró esta cosa y es ésta la que él quiso obtener; él tiene el derecho de tenerla!

(36) DEMOLOMBE, C. Op. cit., Tomo XXVII, Páginas 201 y siguientes.

¿Es de mayor valor la cosa ofrecida por el deudor en lugar de la cosa prometida?

Esta sería ya una dificultad a la cual no se sabría a qué someterla.

Pero evidentemente fue de un valor mayor; sin embargo, el acreedor puede no querer aceptar esta ventaja.

El no tiene que rendir cuenta alguna de sus motivos.

¡Su derecho es su voluntad! ¡Su voluntad conforme a la ley para exigir el cumplimiento del convenio tal como fue pactado!"

Hasta aquí las expresiones del citado exégeta francés.

(C) ***Posición de Jorge Joaquín Llambías.***

Para el tratadista argentino Jorge Joaquín Llambías[37], el objeto del pago ha de coincidir con el objeto de la deuda. Consistirá, pues, en una cosa, o en un hecho, o en una abstención, según lo que fuese el objeto de la obligación; agrega que, empero, para que el pago sea válido, deben concurrir el objeto y las circunstancias que impidan el rechazo por parte del acreedor. Si, en cambio, no concurrieran esos requisitos, el acreedor podría negarse a recibir el pago si se le quisiera hacer en esas condiciones sin caer en "**mora accipiendi**".

En relación al principio de identidad, señala Llambías que esta necesidad de igualar la substancia del pago con el objeto de la obligación, rige tanto para el deudor como para el acreedor. Ni el deudor puede pretender desobligarse pagando cosa distinta de la debida, "aunque sea de ... mayor valor", ni el acreedor puede exigir que se le pague con algo distinto a lo debido, aunque esto

(37) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo II - B, Páginas 196 y siguientes.

fuese de menor valor, y por lo tanto representase una ventaja para el obligado. Es que no se trata sólo del valor de la prestación sino primordialmente de su identidad, y sólo por acuerdo de partes puede esa identidad dejarse de lado.

Precisa el tratadista citado que el principio se aplica con todo rigor si se trata de obligaciones de cosas ciertas. Pero admite alguna morigeración si el objeto debido son cosas genéricas o cantidades de cosas, con respecto a las cuales podría tolerarse alguna leve variante, siempre que no redundara en perjuicio económico de la otra parte.

Señala Llambías que por aplicación de esa directiva sería apropiado el pago de una cantidad mayor de la debida, porque lo más contiene a lo menos; y que igualmente si se pagara cosa de mejor calidad por el mismo precio y sin desventaja para el acreedor. Sin embargo, nosotros no estamos de acuerdo con estos conceptos, pues se violentaría el principio de identidad, además de constituir el exceso una liberalidad que para ingresar al patrimonio del acreedor necesita de su asentimiento, como ocurre con cualquier liberalidad.

Resulta interesante observar que Llambías señala que cuando se trata de una obligación de hacer, tampoco es aceptable el pago de un hecho por otro, estableciendo el artículo 741 del Código Civil Argentino que "Si la obligación fuere de hacer, el acreedor tampoco podrá ser obligado a recibir en pago la ejecución de otro hecho, que no sea el de la obligación"; pero precisa el citado autor que una diferencia intrascendente en el cumplimiento no puede ser alegada para objetar el pago si la variante no perjudica a las partes. Siempre la buena fe decide.

Llambías entiende que, aunque el Código de su país no menciona a las obligaciones de no hacer, se considera que también rige para ellas el principio de identidad. Por tanto, no podría el deudor pretender haber cumplido su obligación en razón de haberse abstenido de practicar un hecho distinto del que debía omitir.

(D) ***Posición de Atilio Aníbal Alterini, Oscar José Ameal y Roberto M. López Cabana.***

Recordando lo dispuesto por los artículos 740 y 741 del Código Civil Argentino, Alterini, Ameal y López Cabana[38] señalan que tales disposiciones son especialmente categóricas pues ni siquiera siendo lo ofrecido de "mayor valor" puede imponérsele al acreedor la recepción de una prestación distinta de la debida; claro está que él puede aceptarla, o puede contentarse con menos, o con otra prestación, pero entonces no habría pago sino dación en pago, que es una figura distinta de la que ahora se analiza.

(E) ***Posición de Ernesto Clemente Wayar.***

Para Ernesto Clemente Wayar[39], en virtud del principio de identidad, el objeto del pago -es decir, el producto final de la actividad solutoria del deudor- debe coincidir exactamente con el que correspondía que se "prestara" según la fuente constitutiva de la obligación. Así, si de la fuente resulta que el deudor, un empleado de oficina, se obliga a mecanografiar manuscritos, no puede desobligarse desarrollando una actividad distinta, sino que debe realizar exactamente aquella para la cual ha sido contratado; y enseña que se requiere, en suma, identidad cualitativa entre el objeto del pago y el objeto de crédito.

Wayar precisa que son varios los fundamentos sobre los cuales reposa el principio de identidad:

(1) En las obligaciones nacidas de los contratos, el principio de identidad se explica porque lo que las partes deciden, haciendo uso de su voluntad negocial, no puede ser luego, al tiempo de cumplimiento, alterado unilateralmente por alguna de ellas. La intangibilidad del contrato impide, pues, toda alteración ulterior; por tanto, el contratante que tiene que cumplir una obligación no puede dar en pago una cosa distinta de la debida según el título.

(2) En las obligaciones nacidas de fuentes distintas del contrato, el principio de identidad se explica en virtud del mandato imperativo de la ley; en efecto: cuando la ley ordena el cumplimiento de una obligación, el deudor no puede apartarse de ese mandato y dar una cosa o ejecutar un hecho distinto del que está dispuesto en ese orden.

(3) Con alcance general, se ha dicho que el principio de identidad tiene su razón de ser en la naturaleza bilateral de la relación obligatoria. La obligación es bilateral porque supone la concurrencia de dos "partes" -acreedora y deudora-, de donde se sigue que ninguna de ellas puede, por sí sola, modificar el contenido del deber. Ya no se trata de la intangibilidad derivada de un contrato, sino de la intangibilidad propia de toda relación de obligación, cualquiera que sea la fuente de la cual haya nacido. Ni el acreedor puede exigir una cosa distinta de aquella a la que tiene derecho, ni el deudor puede pretender entregar otra cosa que no sea la debida. Este axioma es válido para toda obligación, no sólo para las que nacen de los contratos. Allí radica el fundamento último de este principio de identidad, dice Wayar.

Según el citado tratadista argentino, el principio de identidad tiene las siguientes aplicaciones:

(1) Rige para toda clase de obligaciones, cualquiera que sea la fuente de la cual derive, y cualquiera que sea su objeto -dar, hacer o no hacer-;

(2) Es invocable tanto por el acreedor como por el deudor; ni uno ni otro pueden, unilateralmente, apartarse del principio.

Considera Wayar que, a su vez, el principio de identidad produce los siguientes efectos:

---

(38) ALTERINI, Atilio Aníbal, AMEAL, Oscar José y LOPEZ CABANA, Roberto M. Op. cit., Tomo I, Pagina 114.

(39) WAYAR, Ernesto Clemente. Op. cit., Tomo I, Páginas 361 y siguientes.

(1) El acreedor no puede ser obligado a recibir una cosa por otra, aunque sea de igual o mayor valor; tampoco puede ser compelido a aceptar la "ejecución de otro hecho que no sea el de la obligación"; y agrega que, aunque los Códigos no lo dicen, es obvio que tampoco el deudor puede ser constreñido a dar o hacer algo distinto, de mayor o menor valor, que lo que corresponde según la fuente de la obligación. Este principio es, como ya se dijo, invocable por ambos sujetos.

Añade Wayar que se entiende que el mayor o menor valor del objeto con que se pretende reemplazar al específico, no tiene influencia sobre el derecho del acreedor o sobre el deber del deudor, porque ésta no es una cuestión en la cual esté en juego el valor del objeto, sino que lo esencial es su identidad.

(2) Como una derivación de lo anterior, no le está permitido al deudor sustituir el objeto específico que debe con una indemnización dineraria que compense la inejecución de aquel objeto. Al contrario, siempre que el cumplimiento específico sea posible y útil al acreedor, éste tiene derecho a ese cumplimiento; sólo cuando se presenta una situación de incumplimiento absoluto -es decir, cuando ha desaparecido, por una causa imputable al deudor, la posibilidad de conceder el objeto específico- puede el deudor desobligarse mediante el pago de la indemnización sustitutiva.

No obstante lo señalado, Wayar anota que el principio de identidad no es absoluto. En diversas situaciones, el objeto del pago difiere del objeto del crédito, alterándose así la identidad, y, sin embargo, la obligación se extingue. Tales situaciones constituyen excepciones al principio de identidad, las mismas que para Wayar son las siguientes.

(a) En las obligaciones facultativas, cuando el deudor ejerce la facultad de sustituir el objeto del pago.

(b) En las obligaciones de dar dinero, cuando el pago puede ser hecho en moneda distinta de la especificada en el título.

Por último, Wayar señala una serie de supuestos que no constituyen excepciones al principio de identidad:

(a) Modificación del objeto del pago por convenio de partes.

(b) Dación en pago.

(c) Cumplimiento de una obligación alternativa.

(d) Ejecución forzada e indemnización sustitutiva.

(e) Entrega de un cheque en lugar de dinero efectivo.

(f) Entrega de otro título de crédito (letras de cambio, pagarés, etc).

(g) Depósito en cuenta bancaria a nombre del acreedor.

(F) ***Nuestra posición.***

El principio de identidad en las obligaciones de dar bienes ciertos está contemplado en el artículo 1132 del Código Civil Peruano de 1984, el mismo que establece que "El acreedor de bien cierto no puede ser obligado a recibir otro, aunque este sea de mayor valor."

La importancia del principio, como fue dicho al analizar el artículo citado, trasciende el campo de las obligaciones de dar, para ingresar -con igual fuerza- en las de hacer y no hacer.

En general, este principio se podría resumir en que el deudor está obligado a ejecutar la prestación convenida y no otra.

Creemos que el principio de identidad tiene directa relación con aquello que se va a cumplir, mas no con las dimensiones de dicho cumplimiento. Es así que consideramos que el principio de identidad de la prestación a lo que apunta es al pago con idéntica prestación a la convenida, mas no al pago con la prestación con-

venida, pero en la hipótesis que tenga dimensiones distintas. En este sentido, recogemos las opiniones de la Señorita Rosario García Gálvez[40].

Como es sabido, el principio de identidad en el pago está regido por el artículo 1220 -bajo comentario- del Código Civil Peruano, que establece que "Se entiende efectuado el pago sólo cuando se ha ejecutado íntegramente la prestación."

Como dice Rosario García[41], el supuesto ideal en toda obligación es que el deudor cumpla exactamente de acuerdo con lo pactado. Pero podrían ocurrir, por las más diversas causas, situaciones excepcionales en las cuales si bien es cierto que se cumple con la prestación debida, dicha prestación reviste cantidades o dimensiones distintas o diversas a las originalmente convenidas.

Sin embargo, en este punto ya ingresaríamos al principio de integridad del pago, tema que será tratado en el punto siguiente de nuestro análisis.

(d) ***Que se pague integralmente lo debido.***

Luego de haber estudiado qué es lo que se debe dar en pago, consideramos conveniente analizar el tema de cómo es que se debe hacer el pago.

Alfredo Barrós Errázuriz[42] efectúa una interesante enumeración a este respecto:

(a) El pago debe hacerse del modo que se hubiera estipulado,

---

(40) GARCIA GALVEZ, Rosario. Trabajo monográfico titulado "La Compraventa Sobre Medida y la Compraventa en Bloque", el mismo que presentara como pre-requisito para optar el título de abogada en el mes de septiembre de 1994, en la Facultad de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón, Página 15.
(41) GARCIA GALVEZ, Rosario. Op. cit., Páginas 16.
(42) BARROS ERRAZURIZ, Alfredo. Op. cit., Volumen II, Páginas 200 y siguientes.

parcial o totalmente, porque la voluntad de las partes es ley en los contratos.

(b) Si nada se hubiera estipulado, el pago se ha de hacer por entero, esto es, debe pagarse de una vez la totalidad de la deuda. El deudor no puede obligar al acreedor a que reciba por partes lo que se le deba, salvo el caso de convención contraria, y sin perjuicio de lo que dispongan las leyes en casos especiales.

Esto supone que se trata de una obligación en que hay un solo acreedor y un solo deudor; porque si hay varios acreedores o deudores y la obligación no es solidaria o indivisible, se presume dividida en proporción al número de acreedores y deudores.

Señala Barrós Errázuriz que Pothier da el fundamento de esta disposición, diciendo que el acreedor está interesado en recibir de una vez una suma considerable para destinarla a sus negocios, en lugar de muchas cantidades pequeñas, cuyo empleo es difícil y que se gastan insensiblemente a medida que se reciben; agrega que, aunque la obligación sea divisible por su naturaleza, el pago de ella debe hacerse como si fuera indivisible.

(c) El pago total de la deuda comprende el de los intereses e indemnizaciones que se deban; de modo que si se debe capital e intereses, el acreedor puede rehusar el pago del capital cuando el deudor no ofrece al mismo tiempo el pago de los intereses, que son un accesorio del crédito. Si el acreedor recibe un pago parcial, éste se imputa primeramente a los intereses, salvo que consienta expresamente en imputarlo al capital. Si el acreedor otorga carta de pago del capital, sin mencionar los intereses, éstos se presumen pagados.

(d) Fuera del caso de haberse convenido entre el deudor y el acreedor que el pago se haga fraccionado, la ley establece la división de la deuda, y consiguientemente el acreedor recibirá el pago por parcialidades, cuando por muerte del deu-

dor la obligación se divide entre sus herederos a prorrata de sus cuotas hereditarias; cuando se opere una compensación parcial, por haber adquirido el deudor contra su acreedor un crédito menor que su deuda; y en el caso del beneficio de división, que la ley concede a los fiadores de una misma deuda que no se hayan obligado solidariamente al pago.

(e) Si hay controversia sobre la cantidad de la deuda o sobre sus accesorios, podrá el juez ordenar, mientras se decide la cuestión, el pago de la cantidad no disputada.

Así -dice Barrós Errázuriz-, en el caso de una cuenta que tiene varias partidas, de la cual el demandado acepta algunas de ellas y rechaza otras, puede el juez ordenar desde luego el pago de las aceptadas, reservando a las partes el derecho de discutir las otras.

(f) Si la obligación es de pagar a plazos, se entenderá dividido el pago en partes iguales; a menos que en el contrato se haya determinado la parte o cuota que haya de pagarse a cada plazo.

(g) Cuando concurran entre un mismo acreedor y deudor diferentes deudas, cada una de ellas podrá ser satisfecha separadamente; y por consiguiente, el deudor de muchos años de una pensión, renta o canon podrá obligar al acreedor a recibir el pago de un año, aunque no le pague al mismo tiempo los otros.

(h) Si la deuda es de un cuerpo cierto, debe el acreedor recibirlo en el estado en que se halle; a menos que se haya deteriorado y que los deterioros provengan del hecho o culpa del deudor, o de las personas por quienes éste es responsable; o a menos que los deterioros hayan sobrevenido después que el deudor se ha constituido en mora, y no provengan de un caso fortuito a que la cosa hubiese estado igualmente expuesta en poder del acreedor.

Sobre este particular expresa Pothier[43] que cuando la deuda es de un cierto y determinado cuerpo, la cosa puede darse por pagada, cualquiera que sea el estado en que se encuentre, con tal que los deterioros ocurridos después del contrato no lo hayan sido por falta o hecho del deudor, ni por sus criados, obreros, etc.; no sucede lo mismo cuando se trata de la deuda de un cuerpo indeterminado, pues entonces se debe entregar tal que no tenga vicio o defecto de importancia.

Señala Barrós Errázuriz que en cualquiera de estas dos suposiciones se puede pedir por el acreedor la rescisión del contrato y la indemnización de perjuicios, pero si el acreedor prefiere llevarse la especie, o si el deterioro no pareciere de importancia, se concederá solamente la indemnización de perjuicios.

Y añade que si el deterioro ha sobrevenido antes de constituirse el deudor en mora, pero no por hecho o culpa suya, sino de otra persona por quien no es responsable, es válido el pago de la cosa en el estado en que se encuentre; pero el acreedor podrá exigir que se le ceda la acción de su deudor contra el tercero, autor del daño.

(i) Por último, a decir del citado profesor, si la deuda es de género, el deudor no está obligado a entregar una cosa de las mejores entre las del género, ni tampoco podría ofrecerla de las peores; el acreedor no puede pedir determinadamente alguna, y el deudor queda libre entregando cualquier individuo del género, con tal que sea de una calidad a lo menos mediana.

Como anotamos de manera preliminar en nuestro análisis al artículo 1220 del Código Civil, el supuesto ideal en toda obligación es que el deudor cumpla respecto del acreedor ejecutando la prestación exactamente de acuerdo con lo convenido. Pero po-

---

(43) POTHIER, Robert Joseph. Op. cit., Segunda Parte, Página 212.

drían ocurrir, por las más diversas circunstancias, supuestos de excepción en los cuales la prestación ejecutada revista dimensiones distintas o diversas a las originalmente convenidas.

Creemos que aquí el deudor estaría yendo contra el principio de integridad en el pago, ya que estaría pagando con cantidades diversas a aquellas por las que se obligó.

Sin lugar a dudas, el principio de integridad del pago, aplicable a todas las obligaciones, cualquiera fuese su naturaleza, resulta más representativo en el caso de las obligaciones de dar, en razón de que son más fácilmente cuantificables. En tal sentido, compartimos el parecer de Rosario García Gálvez[44], cuando sostiene que cuando se pague con cantidades diversas a aquellas objeto de la obligación, el tema revestiría ciertos matices, pues cabría la posibilidad de que el bien entregado tenga dimensiones mayores o menores a las pactadas. Nos referiremos en forma separada a cada una de estas hipótesis.

(a) En caso de que el bien entregado tenga mayores dimensiones que las convenidas, consideramos que podría concluirse que el pago ha sido verificado, y, por tanto, dicho exceso podría representar, eventualmente, un supuesto de pago indebido, si se configurase la institución con los requisitos previstos por el Código Civil.

(b) En el supuesto de que el bien entregado tenga dimensiones o cantidades inferiores o menores a las convenidas, sin lugar a dudas se podría configurar un caso de trasgresión al principio de integridad en el pago, ya que en buena cuenta no se estaría efectuando un pago íntegro.

En tal orden de ideas, el comprador podría negarse a recibir el bien, en estricta aplicación de lo establecido por el primer párrafo del artículo 1221 del Código Civil; en tanto que el vendedor

(44) GARCIA GALVEZ, Rosario. Op. cit., Página 18.

no podría compeler al comprador a recibirlo, en razón de lo prescrito por la misma norma.

Pero resulta imprescindible aclarar que el principio de integridad en el pago, y el derecho que otorga el artículo 1221 del Código Civil al acreedor para negarse a recibirlo parcialmente, tienen estricta vigencia en tanto estemos en el momento previo a la verificación o ejecución de dicho pago. Este principio no se aplica, por razones obvias, luego de verificado el pago parcial. En este caso ya no cabría negativa alguna a dicha recepción, pues él ya se habría verificado.

En tal situación, lo único factible sería que el acreedor, al percibir que la naturaleza de la prestación ha trasgredido el principio de integridad, efectúe un reclamo al deudor, de acuerdo con los principios generales recogidos en las normas del Código Civil sobre el Derecho de Obligaciones y la Parte General de Contratos, en especial con los preceptos relativos al contrato con prestaciones recíprocas.

- *La naturaleza jurídica del pago.*

Uno de los temas que despierta las mayores controversias en cuanto al pago, es el referido a su naturaleza jurídica.

Sobre este punto la doctrina ha dado múltiples pareceres. Para ilustrar lo dicho vamos a citar a algunos de los tratadistas más representativos, para luego concluir con nuestra propia opinión.

(A) *Posición de Arturo Valencia Zea.*

A decir del profesor colombiano Arturo Valencia Zea[45], en cuanto a la naturaleza jurídica del pago o cumplimiento, es nece-

(45) VALENCIA ZEA, Arturo. Op. cit., Tomo III, Páginas 411 y siguientes.

sario tener en cuenta que mientras en ciertos casos el pago constituye un negocio de disposición, en otros casos no es negocio jurídico.

Precisa Valencia Zea que en todos los contratos en que una persona se obliga a transmitir a otra determinado derecho patrimonial, el cumplimiento o pago constituye un negocio jurídico de disposición. En efecto -dice Valencia Zea-, la ley quiere que el deudor cumpla voluntariamente, y que voluntariamente reciba el acreedor. Así, respecto a la obligación de transmitir a otro la propiedad de una cosa, el pago recibe el nombre especial de tradición; y ésta es un negocio jurídico. Igual advertencia debe hacerse, según Valencia Zea, respecto a la transmisión del usufructo, de las servidumbres, de los créditos, de los derechos inmateriales, etc., agregando que el cumplimiento de las prestaciones de no hacer y de hacer no constituye negocio jurídico, pues el deudor cumple, por ejemplo, su obligación de no edificar en su predio, absteniéndose indefinidamente de hacerlo; el arquitecto cumple su obligación de edificar mediante una serie de actos materiales; y el trabajador o deudor de servicio, realizando su trabajo o los servicios.

Adicionalmente, anota Valencia Zea que en los casos en que el pago o cumplimiento constituye negocio jurídico, se exigen los requisitos comunes para que un negocio jurídico sea válido. Así, en el pago de deudas consistentes en transmitir la propiedad; pero se exceptúan los pagos o tradiciones de cosas fungibles, que son válidos a pesar de que el enajenante sea incapaz, como cuando se pagan sumas de dinero. En tales casos, el **tradente** incapaz carece del derecho de repetición. Se exige que el acreedor haya recibido el pago de buena fe, es decir, que realmente exista la deuda que pretende extinguirse; precisa también que se exige capacidad de obrar en el acreedor a quien se paga (artículo 1636). Sin embargo, es válido el pago hecho a un incapaz si este se hizo más rico; y se entiende que se hizo más rico cuando las cosas pagadas o las adquiridas por medio de ellas le hubieran sido necesarias, o cuando las cosas pagadas o las adquiridas por medio de ellas, que no le sean necesarias, subsistan y se quisiere retenerlas.

Opina Valencia Zea que, en general, la validez y la efectividad del pago se condicionan a estos requisitos: (1) que se haga por el deudor o **solvens**, o a su nombre; (2) que se haga al acreedor o **accipiens**, o a un representante suyo; (3) que exista la obligación que se pagó, y que la prestación pagada sea la convenida; (4) que se pague en el tiempo y sitio donde se pactó; (5) finalmente, que en caso de deuda pecuniaria, se haga el pago en la especie convenida.

(B) ***Posición de Roberto De Ruggiero.***

Señala Roberto De Ruggiero[46], al referirse a la naturaleza jurídica del pago, que algunos ven en el pago solamente un hecho jurídico cuya consecuencia es la extinción de la deuda. Pero, dice De Ruggiero que si se tienen en cuenta las condiciones que la ley exige para su validez, especialmente las relativas a la capacidad de enajenar (si la prestación consiste en un dar), al elemento intencional que se requiere en el **solvens**, a la manifestación voluntaria que la ejecución implica, habrá forzosamente que reconocer que se trata de un negocio jurídico verdadero y propio, el cual se regula por todos los principios que rigen estos negocios. Pero la doctrina no se muestra concorde en lo que se refiere a la determinación de la especie o clase de este negocio jurídico, y mientras unos definen el pago como un acto jurídico unilateral, en cuanto consiste en un hecho voluntario del deudor, el cual, al efectuar la prestación tiende a extinguir la relación obligatoria creada; otros, en cambio, lo reputan como un negocio jurídico bilateral, como un contrato verdadero y propio, porque a la prestación del deudor corresponde la aceptación del acreedor, es decir, que se exige el concurso de dos voluntades como en otro contrato cualquiera. La oposición que esta última opinión halla en multitud de autores, quienes juzgan que es contradictorio llamar contrato a un acto jurídico cuyo fin es extinguir la obligación, no está justificada; dicha oposición se funda en la creencia de que la finalidad única del contrato es crear obligaciones, siendo así que el

(46) DE RUGGIERO, Roberto. Op. cit., Tomo I, Páginas 103 y 104.

acuerdo de dos o más voluntades puede perseguir la creación, regulación o extinción de un vínculo jurídico y que del mismo modo que hay contratos obligatorios, los hay también liberatorios, y entre estos últimos figura el negocio jurídico solutorio. Lo cierto es -por lo que se refiere a esta divergencia doctrinal- que la **solutio** puede ser un negocio unilateral o un negocio bilateral, según la naturaleza específica de la prestación; cuando ésta consista en una omisión y cuando consista en un hacer, no se requiere, por regla general, que el acreedor intervenga; es necesaria su intervención si la prestación consiste en un dar, porque en tal caso precisa su aceptación. Si el negocio jurídico se debe o no considerar como abstracto y formal es una cuestión muy discutida. No se puede, en efecto, decir que el negocio jurídico carezca de causa. La causa de la **solutio** es la intención de extinguir el vínculo obligatorio. El punto discutible es si la **solutio** es independiente de la causa propia del negocio jurídico constitutivo del vínculo; si tiene frente a éste un valor abstracto y sustrae a la nulidad establecida en el artículo 1.119. La cuestión, a parecer de De Ruggiero, debe resolverse en el sentido de que si, por regla general, basta al negocio solutorio su causa propia y específica, incluye en la validez de aquél la causa del negocio fundamental, en forma que la nulidad de éste pueda afectar a la **solutio**.

(C) ***Posición de Héctor Lafaille.***

En lo que respecta a la naturaleza jurídica del pago, Héctor Lafaille[47] afirma que es un "acto jurídico", con todos sus caracteres.

Expresa el citado tratadista que el punto ha sido materia de controversia, y aparte de su interés doctrinario, presenta otros aspectos prácticos, relacionados con la capacidad de las partes, la prueba y las consecuencias de tal obligación; agrega que como en otros casos, muchas dificultades estriban en asuntos de terminología, pues las palabras suelen ser utilizadas con alcance diverso, tanto por los autores como por las mismas leyes.

(47) LAFAILLE, Héctor. Op. cit., Tomo II, Volumen I, Páginas 295 y siguientes.

Los jurisconsultos se dividen entre los favorables a su tesis, aquellos que consideran el pago como un hecho simple, y varios que lo clasifican en los contratos.

Según el criterio de Lafaille, la calidad que le atribuye no desaparece cuando la prestación es de un hecho o consiste en abstenerse, porque en todos los supuestos el deudor procede con el deliberado propósito de extinguir sus obligaciones. Señala que, en cambio, no es posible equipararlo a un acto jurídico bilateral, y menos a los contratos. Independientemente de las consideraciones técnicas que lo inducen a limitar el alcance de esta última categoría, la conformidad del acreedor es innecesaria, pues aun contra su voluntad debe admitir la prestación que esté de acuerdo con lo estipulado o lo impuesto por la ley; y en caso de negativa, el juez puede compelerlo a ello, con los daños y perjuicios de la mora, sirviendo la sentencia como descargo. Tal es el fin de la consignación.

(D) ***Posición de Guillermo A. Borda.***

Para Guillermo A. Borda[48] la naturaleza del pago está muy controvertida en doctrina; anota que quizá la explicación de estas divergencias sea el empeño de encontrar una esencia idéntica para medios de cumplimiento de obligaciones muy distintos entre sí.

Para Borda, las principales opiniones al respecto son las siguientes:

(a) Según la teoría largamente predominante en la doctrina argentina, el pago es un acto jurídico. Las dificultades para admitir esta conclusión -a decir de Borda- parecen haber naci-

(48) BORDA, Guillermo A. Op. cit., Tomo I, Páginas 509 y siguientes.

do en la doctrina extranjera de la imprecisión del concepto de acto jurídico. Pero apunta que en el Derecho Argentino ese concepto es claro: acto jurídico, dice el artículo 944, es todo acto voluntario lícito, que tenga por fin inmediato establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos. Parece, pues, muy difícil negar, que al menos en el Derecho positivo argentino, sea el pago un acto jurídico.

Los partidarios de esta teoría -anota Borda-, empero, divergen en un punto: para algunos, el pago sería un acto jurídico bilateral, en el que una de las partes cumple voluntariamente la prestación y la otra la recibe; para otros, la aceptación del acreedor no es esencial porque el pago puede hacerse aun contra su voluntad, consignando.

(b) Según otra teoría -señala Borda-, el pago no es un acto jurídico, sino un hecho. Es el hecho por el cual se realiza el contenido de la obligación. Afirma Borda que en ciertos casos resalta con toda nitidez que no hay acto voluntario: así, por ejemplo, el deudor de una obligación de no hacer se libera con su conducta negativa aunque ni siquiera sospeche la existencia de la deuda.

(c) Dice Borda que otros autores, tomando una idea de Carnelutti, dicen que el pago no es un acto jurídico, sino un acto debido. El acto jurídico, por ser voluntario, requiere libertad. Ahora bien, el deudor es psicológicamente libre de pagarlo, pero no lo es jurídicamente. El está obligado a pagar y puede ser constreñido a ello por su acreedor; muy otra es la situación de quien es libre o no de concertar un negocio jurídico.

Refiere Borda que dentro de este orden de ideas, dice Hernández Gil que el cumplimiento de ordinario ha de considerarse en conexión con el negocio jurídico que determina el nacimiento de la obligación. El cumplimiento no es otro negocio jurídico distinto y autónomo respecto de aquel de que procede la obligación. Más aún, a veces el cumplimiento queda totalmente absorbido y al menos cronológicamente identificado con el negocio inicial y único del que surge la obligación; nacimiento y extinción coinciden en el tiempo; tal ocurre con los contratos de tracto instantáneo.

Para Borda, ante todo, no parece dudoso descartar la teoría de que el pago sea un simple hecho. Ordinariamente el pago obedece a un proceso mental pleno de lucidez; se quiere el cumplimiento de lo prometido, se propone liberarse de las obligaciones asumidas. Hay una conducta jurídica deliberada. Refiere que el Código Argentino exige capacidad en quien hace el pago, lo que no se concebiría si fuera un simple hecho. Cierto que a veces el pago realizado por el incapaz será definitivo e irrepetible, pero ello ocurrirá cuando no haya interés jurídico en la repetición. Pero si lo hay, el pago será repetible (a pesar de que se ciñe a lo prometido), porque el pagador carecería de capacidad. Lo que revela que el pago es algo más que un puro hecho.

Agrega que, con todo, la idea de que el pago es un simple hecho parece tener una especial fuerza en materia de obligaciones de no hacer. En efecto, éstas quedan satisfactoriamente cumplidas aunque el que no hizo, se abstuviera sin intención ninguna de cumplir sus obligaciones y aun ignorándolas.

Cree Borda que más sutil y atrayente es la idea del acto debido. Aun así, considera que debe rechazarse, por lo menos en el Derecho positivo de Argentina. La pretendida distinción entre acto jurídico y acto debido, fundada en el elemento libertad, existente en el primero y faltante en el segundo, carece en verdad de relevancia.

Luego, Borda señala lo siguiente:

"Dejemos por el momento de lado nuestra tesis de que la libertad no es un elemento esencial en los actos jurídicos. Admitamos, para facilitar nuestra demostración, la tesis clásica según la cual no habría acto voluntario sin discernimiento, intención y libertad. La libertad a la que alude nuestra ley en los artículos 897 y 900 es la libertad psicológica, no la libertad jurídica. Así, por

ejemplo, cuando un condómino liquida el condominio por exigencia de otro copropietario, realiza un acto jurídico por más que no le haya quedado otro camino que vender, porque estaba jurídicamente obligado a hacerlo; cuando el administrador, en cumplimiento de sus obligaciones contractuales, enajena el producto de la cosecha anual, cumple un acto jurídico no obstante estar obligado; el tutor que vende los bienes muebles del menor en cumplimiento con el deber que le impone el artículo 440, lleva a cabo un acto jurídico por más que se encuentre ante la obligación legal de hacerlo.

De igual modo, el que paga lleva a cabo un acto que jurídicamente está obligado a realizar, pero que psicológicamente puede o no hacer."

Agrega Borda que "No puede dudarse de que el pago es un acto voluntario, lícito, destinado a aniquilar derechos, según la expresión del artículo 944. Es por tanto un acto jurídico, por lo menos, en su forma normal y típica. Algunos pagos atípicos, como el de una obligación de no hacer, parecen más bien simples hechos.

Claro está, sin embargo, que no es un negocio jurídico ordinario. Se distingue de los demás en que tiene una estrechísima relación de dependencia con otro anterior, del cual es sólo su desenvolvimiento, su desarrollo pleno. Pero el hecho de carecer de autonomía, de vida propia, no le priva de su carácter de acto jurídico. Tampoco la tienen los negocios destinados a conservar o transformar otros y, sin embargo, son actos jurídicos (artículo 944).

De igual modo, no parece discutible que se trate de un acto jurídico unilateral. La validez del pago no depende del consentimiento del acreedor, que incluso puede ser obligado a recibirlo; su efecto extintivo no necesita de dicha conformidad sino que se produce en virtud de la coincidencia entre lo realizado como pago y lo que la obligación imponía al deudor."

Hasta aquí las expresiones del maestro Borda.

(E) ***Posición de Jorge Joaquín Llambías.***

Dice el profesor argentino Jorge Joaquín Llambías[49] que sobre la naturaleza jurídica del pago se han expresado cuatro teorías:

(a) ***Teoría del Acto Jurídico.***

Para la tesis que cuenta con el mayor auspicio doctrinario, el pago es un acto jurídico. Si se trata de un hecho humano, voluntario, lícito, que se realiza con el fin de aniquilar un derecho, es decir, hacer cesar la obligación, en seguida se advierte que concurren en el pago todos los rasgos típicos del acto jurídico, que define el artículo 944. Luego se impone aceptar que el pago es una especie del género acto jurídico.

Entre los adeptos a esta teoría se ha controvertido si el pago es un acto jurídico unilateral o bilateral. Llambías piensa que es unilateral, porque sólo emana de la voluntad del "**solvens**", siendo irrelevante para perfeccionar el pago la voluntad puramente pasiva del acreedor; no puede dejar de recibir la prestación ofrecida mientras exista identidad con el objeto debido. En tanto que el "**solvens**" desempeña un papel protagónico puesto que es el sujeto activo del pago, el acreedor es un simple destinatario del acto de aquél, que no puede objetar ni contrarrestar. Precisa Llambías que si quisiera hacerlo, su actitud sería ilegítima y quedaría removida en el subsiguiente juicio de consignación en pago que intentara el deudor. Esto le parece demostrativo de que supuesta la identidad del objeto en trance de pago y del objeto de la deuda, el pago sólo es obra del deudor, siendo incomputable la voluntad del acreedor, precisada a plegarse y conformarse a la iniciativa de aquél.

Agrega Llambías que todavía entre quienes aprecian al pago

---

(49) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo II - B, Páginas 108 y siguientes.

como acto jurídico bilateral, hay una discrepancia entre los que afirman o niegan que sea un contrato.

(b) ***Teoría del Hecho Jurídico.***

Señala Llambías que, para una segunda teoría con cierto predicamento en la doctrina extranjera, con algún eco en Argentina, el pago es un hecho jurídico, pero no un acto jurídico. Así, en las obligaciones de hacer, el pago consistiría en la ejecución de una actividad material, pudiendo estar ausente la finalidad de extinguir la obligación, como en el caso de la mucama que cumple su quehacer, tal vez ignorando el sentido cancelatorio de su actividad. De ahí se seguiría que lo esencial del pago no es la finalidad con que obra el deudor sino la adecuación de la conducta objetiva de éste a los términos de la obligación.

Contrariamente, Llambías piensa que es un elemento esencial del pago, la intención de pagar o "**animus solvendi**". Sin esa intención -dice- no hay pago, como ocurre con el préstamo que pendiente la obligación concede el deudor al acreedor, de aquello que él debe pero que todavía no es exigible y que lo ha entregado no a título de pago sino de préstamo, tal vez con intereses superiores a los de la deuda originaria.

Dice que tampoco ha de pensarse que falta el "**animus solvendi**" en las obligaciones de hacer. En el ejemplo de la mucama -dice Llambías-, si ella practica su labor que le implica esfuerzo e incomodidad, es porque quiere ganar su sueldo: "**do ut des**". Por tanto, toda la actividad que ella realiza está presidida por esa intención que da sentido de pago a los actos obrados y que tiene una finalidad jurídica por superficial y primaria que sea la conciencia de la persona a ese respecto. Y siendo así, la conducta obrada constituye un acto jurídico, aunque por su índole no se perfeccione en un momento del tiempo, sino se prolongue durante todo el desarrollo del trabajo.

(c) ***Teoría del Acto Debido.***

A decir de Llambías, según una tercera teoría que no obstante la escasez de sus adeptos, es menester mencionar por el talento de su autor, que brilló también fuera del ámbito de la disciplina que cultivaba, el pago no sería ni un mero hecho, ni tampoco un acto jurídico, sino un acto debido. Carnelutti distingue tres categorías de actos jurídicos, entendiendo por tales, conforme a una terminología semejante a la germana, los hechos humanos de trascendencia jurídica: (1) los negocios jurídicos, que son los obrados para producir un efecto permitido por la ley; (2) los actos ilícitos, que son aquellos cuyos efectos propios son prohibidos; (3) los actos debidos, que se caracterizan porque su efecto es ordenado por la ley, de manera que el sujeto no es jurídicamente libre de sustraerse a su realización. Para Carnelutti el pago es acto de esta especie: no sería un negocio jurídico porque faltaría el libre albedrío de pagar o no pagar, característico de aquél. El deudor no puede jurídicamente no pagar, y si así actúa puede ser forzado legítimamente a pagar.

No obstante el brillo de esta tesis, en opinión de Llambías se trata de una concepción inconsistente, lo cual explica que no haya suscitado sino la adhesión de contados juristas. Es una respuesta que no corresponde a la pregunta que se formulaba, y que viene a definir la naturaleza del pago, no por lo que ese acto es en sí mismo, sino por su relación con el deber de conducta que pesa sobre el deudor. Con lo cual, en una averiguación referente a la entraña o estructura del acto del pago, se escamotea ese análisis para volcar la atención sobre la función o relación del pago con las exigencias del comportamiento que recaen sobre el que paga.

Bajo otro aspecto -señala Llambías-, también es incorrecto decir que en el pago no hay libertad, pues si así fuera el acto no sería voluntario. No hay tal -según él-; para el Derecho falla la libertad del sujeto cuando concurre el vicio de violencia, sea la fuerza física que reduce al agente "a instrumento pasivo del acto", sea la intimidación causada por otro, sea, en fin, la violencia objetiva resultante del estado de necesidad. Pero si no se presenta esa coacción externa que suprime o afecta fundamentalmente la liber-

tad del sujeto y con ello excluye la autoría moral de su obra, el acto humano es libre: las coerciones internas, que actúan sobre la conciencia, no eliminan la libertad. Dice el citado tratadista que los actos que se obran de conformidad a las normas morales son libres e igualmente lo son los que responden a las directivas del ordenamiento jurídico: es el caso del pago en el que se conjugan para incitarlo la vigencia de la moral y del Derecho. Incluso la libertad del acto subsiste cuando se obra en infracción al Derecho: el delincuente obra libremente al cometer un delito -si así no fuera no sería delito-, y todavía luce en el agente mayormente la libertad, que hasta es meritoria -sin libertad no hay mérito- si superando tendencias viciosas y propensiones ambientales, se abstiene de delinquir y vive honestamente.

En suma, dice Llambías, que el pago sea un acto debido, como lo son tantos actos humanos, v.gr., el respeto de los hijos, la educación y crianza de ellos por los padres, la asistencia entre los esposos, etc., no quita que sea un acto libre, y asimismo un acto jurídico por concurrir en él todos los caracteres de esta categoría conceptual.

(d) *Posiciones Eclécticas.*

Según Llambías, son varios los autores que ubican el pago, ya como hecho jurídico, ya como acto jurídico, según los casos: ello dependería de la índole de la obligación. "No puede hacerse -se dice- una caracterización única del pago, pues su naturaleza varía en función de las diferentes clases de obligaciones." Bajo ese enfoque -dice Llambías-, las obligaciones de no hacer quedarían al margen del pago, no serían "pagables"; en las obligaciones de hacer, el pago sería un hecho jurídico no negocial; y en las obligaciones de dar, un acto jurídico.

A entender de Jorge Joaquín Llambías, estas posturas son inconvincentes. Si aquello que se denomina pago cambia de naturaleza según la clase de obligación a que se refiere, esto significa que se está dando el mismo nombre de "pago" a cosas específicamente diferentes, porque la naturaleza de algo es aquello que lo constituye a ese algo en lo que es, vale decir, su esencia. Allí donde hay dos naturalezas, hay también dos realidades distintas: así, pues, si es pago lo que tiene una naturaleza, no puede serlo también lo que tenga otra naturaleza diferente. Esta reflexión arruina, en opinión del citado tratadista, en el plano teórico, a una posición ecléctica como la aludida. Se explica así que esa postura, por su debilidad interna, no haya sido mayormente seguida por la generalidad de la doctrina.

(e) *Opinión de Llambías.*

Este autor precisa que parece claro que el pago como actividad de cumplimiento específico de la obligación -conformidad de conducta debida y obrada- es un acto jurídico. No se opone a esa comprensión que el cumplimiento se refiera a una obligación de hacer, que se satisface mediante una actividad material, porque ella está presidida por la intención jurídica del "**solvens**", que es lo que le da "sentido" de pago. Tampoco se opone a esa concepción el carácter negativo que tiene el pago en las obligaciones de no hacer, porque también hay actos jurídicos negativos. Finalmente, la "duración" que el pago puede tener en las obligaciones de hacer, no impide su conceptuación como acto jurídico, pues no es una nota esencial de esta última noción lo "circunscripto" en una breve circunstancia de tiempo, del acto correspondiente.

(F) *Posición de Ernesto Clemente Wayar.*

Merece especial consideración la opinión del tratadista argentino Ernesto Clemente Wayar[50], cuando afirma que, revisadas las distintas teorías que pretenden explicar la naturaleza del pago, desde el punto de vista de su estructura, cree haber demostrado que a ninguna de ellas puede considerársela triunfadora. El pago no tiene una naturaleza única e idéntica en todas las hipótesis po-

---

(50) WAYAR, Ernesto Clemente. Op. cit., Tomo I, Páginas 249 y siguientes.

sibles. No es siempre un hecho, ni un acto unilateral o bilateral, ni tampoco un acto debido; puede adoptar cualquiera de estas formas, lo cual dependerá de la índole de la conducta debida y de las circunstancias en que deba ser prestada. Así, a decir de Wayar:

(1) En las obligaciones de dar, puesto que -por hipótesis- se requiere la actuación de acreedor y deudor, y dado que éste debe cumplir y aquél cooperar para facilitar el cumplimiento, el pago adquiere la forma de acto bilateral. Para los partidarios de la concepción amplia del contrato, el pago, en tanto es un acto jurídico bilateral de contenido patrimonial, cuya finalidad inmediata consiste en extinguir la obligación, es también un contrato. Pero, ¿el cumplimiento de una obligación de dar es, en realidad, un contrato? La doctrina se inclina por negar esta posibilidad, argumentando: (a) que en tanto el contrato es una declaración normativa, el pago es conducta o actividad; (b) que en tanto el contrato se proyecta hacia el futuro, el pago se refiere a situaciones preexistentes; (c) que en tanto la formación del contrato es espontánea, la realización del pago es necesaria.

Sostiene Wayar que esta argumentación no convence. Si bien es verdad que el pago es conducta o actividad, tal conducta puede ser considerada como una declaración de voluntad, ya que ésta puede exteriorizarse por cualquier medio, incluidos los comportamientos; por tanto, las conductas de acreedor y deudor pueden ser aprehendidas como exteriorizaciones de voluntad idónea para formar un contrato. Que el contrato se proyecte hacia el futuro y que el pago se refiera al pasado no es exacto, pues los efectos del pago también se dirigen al futuro. Así, quien paga satisface al acreedor, extingue la obligación y se libera del vínculo, con la consiguiente desgravación de su patrimonio. Además, el pago no sería el único contrato extintivo de obligaciones; también lo son, con idéntico efecto, la novación, la transacción, y que el pago no lo sea es una aseveración que no alcanza a destruir la naturaleza contractual de éste. Por empezar -dice Wayar-, hay contratos en los cuales sólo se goza de la libertad de conclusión (es decir, de la posibilidad de celebrarlos o no), pero se carece de la libertad de configuración, esto es, de la facultad de disponer el contenido de sus cláusulas; siendo lo que ocurre, v.gr., en los contratos por adhesión a condiciones generales (seguro, ahorro previo, etc.). Otras veces -agrega-, se carece de libertad de conclusión, y el sujeto está constreñido a contratar, como sucede en algunos de los supuestos previstos por el artículo 1324. Por eso, que el pago sea un acto necesario no autoriza a negarle naturaleza contractual cuando se trata de obligaciones de dar. Pero la razón más importante que impulsa a Wayar a aceptar que la tradición -entendida como cumplimiento de una obligación de dar- es un contrato, radica en que si se negara tal posibilidad, se estaría negando, al mismo tiempo, la naturaleza contractual del acto mediante el cual se cumple un contrato preliminar, ya que tal acto es también necesario, y no espontáneo.

(2) Respecto de las obligaciones de hacer cabe formular una serie de distingos. En la mayoría de los casos, a las obligaciones de hacer se las cumple mediante el comportamiento del deudor, que ajusta su conducta al contenido del deber impuesto, aunque lo haga involuntariamente. La voluntad del **solvens** es, en estos casos, irrelevante; el obrero que pinta la pared, el labrador que riega el campo, la mucama que limpia los muebles, cumplen, aunque realicen sus labores sin voluntariedad. El pago se presenta así como un hecho jurídico cuyas consecuencias (extinción del vínculo, satisfacción del acreedor, etc.) no dependen de la voluntad del **solvens**, sino que son impuestas por la ley como una secuencia jurídica que deriva, necesariamente, del hecho realizado. En principio, entonces, cabe afirmar que las obligaciones de hacer son cumplidas mediante hechos jurídicos.

A decir de Wayar, constituyen excepciones a ese principio las siguientes:

(a) Las obligaciones de hacer cuya "prestación" consiste en crear o fabricar una cosa para luego entregarla al acreedor.

Estas obligaciones son asimiladas -a los fines de su cumplimiento- a las obligaciones de dar, y están regidas por sus reglas. La naturaleza contractual de esta "entrega", es inocultable, pues el **accipiens** tiene derecho a revisar la cosa y su proceso de fabricación para verificar si el cumplimiento se ajusta al "deber de prestación"; si no es así, tendrá el derecho de rechazar la entrega y resolver el contrato-fuente de la obligación. Todo esto demuestra que al tiempo de cumplimiento se debe prestar -por el **accipiens**- un nuevo consentimiento; el pago, en supuestos como éste, se presenta como un contrato "de cumplimiento".

(b) Las obligaciones de hacer para cuyo cumplimiento se requiere la actuación conjunta de acreedor y deudor, como sucede con las obligaciones nacidas de los contratos preliminares. Si Juan "promete" vender y Pedro "promete" comprar, obligándose ambos a cumplir sus recíprocas promesas mediante la concertación posterior de un contrato de compraventa, adquieren una obligación de hacer. Para cumplir esta obligación, ambos deben prestar un nuevo consentimiento, es decir, deben celebrar un nuevo contrato; y ese contrato implica pago del preliminar. La letra y el espíritu de los artículos 1184 y 1185 lo confirman.

(3) En las obligaciones de no hacer, el pago, por regla general, constituye un hecho jurídico, pues basta la adecuación de la conducta del **solvens** al tenor de la obligación para que haya "pago", aunque su conducta haya sido involuntaria. Los efectos del pago se producirán lo quiera o no el deudor.

Recapitulando, según Wayar el pago tiene naturaleza proteica, es decir, se presenta como un hecho o como un acto, según la índole de la conducta debida y las circunstancias en que debe ser prestada. Precisa que se ha criticado este punto de vista mediante el siguiente razonamiento: afirmar que el pago tiene naturaleza múltiple implica, correlativamente, negar que el cumplimiento pueda ser objeto de un único concepto; "se estaría dando el nombre de pago a objetos específicamente diversos; puesto que si la naturaleza de algo es su esencia, lo que constituye a

ese algo en lo que es, va de suyo que allí donde hay dos naturalezas hay también dos realidades distintas." La crítica se inspira en principios de lógica formal y responde al conceptualismo dogmático que busca -aun a costa de ignorar la realidad- conceptos únicos, universales y eternos; por eso repudia todo intento de interpretar la realidad, aunque para ello se deba afirmar -como ocurre en este caso- que determinada conducta es, en ocasiones, un simple hecho jurídico, y otras veces, un contrato. Pero ésta es la realidad vital que el dogmatismo no puede ignorar. Cuando pretende desconocer esa realidad, propone conclusiones erróneas. ¿Cómo sostener que el pago es siempre un acto jurídico si puede ser realizado por un incapaz o puede materializárselo mediante un acto involuntario? El pago no se presenta como una realidad, única; al contrario, las "realidades" que el pago puede ofrecer son diversas, y admitirlo no constituye ningún despropósito.

Finaliza Wayar señalando que, por otra parte, la búsqueda de la naturaleza única ha conducido, inexorablemente, a ofrecer una visión unilateral o parcializada del fenómeno. Todo el esfuerzo estuvo encaminado a develar qué es el pago, sin preocuparse por saber para qué sirve o cuáles son sus funciones. La doctrina actual ha demostrado que no es posible conceptuar el pago sin mencionar sus funciones.

Hasta aquí las expresiones del jurista de Jujuy.

(G) *Posición de Eduardo B. Busso.*

Para el tratadista argentino Eduardo B. Busso[51], el pago no es acto de liberación. Señala Busso que a primera vista podría decirse que el pago es esencialmente un acto de liberación del deudor y de extinción de la deuda. Pero advirtiendo que ciertos pagos no liberan al deudor ni extinguen la obligación (como el caso del pago con subrogación hecho por un tercero), debe desecharse que el efecto liberatorio extintivo sea esencial.

---

(51) BUSSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo IV, Páginas 290 y 291.

Expresa que tampoco es un acto de satisfacción del acreedor. Precisa que, como la satisfacción del interés del acreedor es el fin último de toda obligación, podría pensarse que lo esencial del pago es brindar esa satisfacción al acreedor. Pero tampoco esta fórmula recoge la realidad jurídica del pago en todos sus matices, pues hay pagos que no satisfacen al acreedor (así, por ejemplo, el que se haga al poseedor del crédito).

Agrega Busso que tanto no son esenciales ni la liberación del deudor ni la satisfacción del acreedor, que puede haber pagos en los que no se produzca ni uno ni otro de esos efectos. Sería el caso del pago con subrogación hecho por un tercero al poseedor del crédito; señala que éste es un acto de liquidación del vínculo. Desechadas ambas fórmulas, una tercera aparece como la más exacta: el pago es una forma de liquidar el vínculo entre acreedor y deudor. Esa es su función esencial, la única que cumple en todos los casos.

Para Busso, los siguientes son los alcances de la liquidación: a) en principio la liquidación implicada en el pago tiene carácter definitivo, pero no puede darse a esa regla un alcance absoluto, porque si el pago es anulado la relación renacerá; b) en las obligaciones de dar la responsabilidad del deudor perdura en una ulterior y tercera etapa al efecto de la garantía de evicción, vicios redhibitorios, etc. Las eventuales obligaciones que el **solvens** deba afrontar, como consecuencia de la relación obligatoria que nació con el contrato y que se liquidó -si bien no definitivamente- con el pago. Fuera de esos supuestos, la liberación que el deudor obtiene con el pago constituye para él un derecho adquirido.

(H) ***Nuestra posición.***

Resulta tema neurálgico del pago el determinar su naturaleza jurídica. ¿Constituye el pago un acto jurídico, como afirma la mayoría de la doctrina? En tal caso, ¿se trataría de un acto jurídico bilateral o unilateral? ¿O él se configura como un hecho jurídico? O, más bien, siguiendo a Carnelutti, ¿podríamos calificarlo como "un acto debido"?

El acto jurídico es una manifestación de voluntad destinada a producir efectos jurídicos. La participación de la voluntad determina que un hecho jurídico derive en un acto jurídico. Este, a su vez, puede ser unilateral o bilateral.

Hecho jurídico, por su parte, es toda causa capaz de generar un efecto jurídico. Desde este punto de vista, el hecho jurídico vendría a constituir el género y el acto jurídico la especie.

La materia reviste, sin duda, complejidad. Si nos encasillamos, si decidimos otorgar al pago, en todos los casos, idéntica naturaleza jurídica, vamos a llegar, ineludiblemente, a conclusiones erróneas.

El pago generalmente es un acto jurídico, bilateral o unilateral. Esto se desprende del artículo 140 del Código Civil Peruano, cuando dispone que: "El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas...". Pero en otros supuestos el pago constituye, sin duda, un hecho jurídico.

Expliquémonos.

En el caso, por ejemplo, de un contrato de compraventa en que el comprador se obliga a pagar el precio y el vendedor a entregar el bien en propiedad, ello es consecuencia de una relación jurídica patrimonial que, a su turno, genera dos relaciones obligacionales recíprocas, las que normalmente se extinguen mediante el pago. En estos casos, cuando el comprador paga el precio y el vendedor lo recibe, se manifiesta la voluntad de ambas partes destinadas a extinguir relaciones jurídicas; y exactamente lo mismo, pero a la inversa, sucede cuando el vendedor paga entregando en propiedad el bien, mueble o inmueble, objeto de la venta, y el comprador lo acepta. Aquí, en ambas hipótesis, estaríamos ante típicos actos jurídicos bilaterales.

Pero no todas las obligaciones se extinguen de la manera descrita. Existen pagos que constituyen verdaderos actos jurídicos unilaterales. Los prototipos se encuentran en las obligaciones de

no hacer. En estos supuestos, para realizar el pago, sólo se requiere la manifestación de voluntad de una de las partes, el deudor, que lo ejecuta absteniéndose de hacer, omitiendo, no haciendo, como su propio nombre lo indica. Pero este pago no requiere del concurso del acreedor. Este ya manifestó su voluntad al contraer la obligación, pero no se le exige que exprese nuevamente su voluntad para aceptar el pago. El deudor sí está manifestando su voluntad al abstenerse de actuar. En estos casos, estaríamos pues ante un verdadero acto jurídico unilateral.

Pero el pago no constituye, necesariamente, un acto jurídico. Pasamos a demostrarlo en tres casos, a nuestro entender, de claridad meridiana.

Cuando el deudor rehúsa el pago y el acreedor se lo procura forzadamente, ejecutando a tal deudor, ¿de qué manifestación de voluntad, libre y espontánea, podemos hablar? Aquí la ejecución por el acreedor, procurándose la prestación, constituiría un hecho jurídico. No un acto jurídico.

Por otra parte, si el deudor no puede pagar, por no ser, por ejemplo, agente capaz, quien recibió en pago bienes que se consumen por el uso o dinero de quien no podía pagar, sólo está obligado a devolver lo que no hubiese consumido o gastado (artículo 1223 del Código Civil). Si la presencia del agente capaz es requisito indispensable para la validez del acto jurídico (artículo 140, **in fine**, del Código Civil), ¿a qué acto jurídico estaríamos aludiendo si quien pagó era un agente incapaz y, sin embargo, el pago, en la hipótesis prevista, tiene validez? Estaríamos entonces ante un hecho jurídico que produce el efecto de extinguir la obligación mediante el pago. Y, en este orden de ideas, también podríamos referirnos al artículo 1224 del mismo Código, cuando establece que sólo es válido el pago que se efectúa al acreedor o al designado por el juez, por la ley o por el propio deudor, salvo que, hecho a persona no autorizada, el acreedor lo ratifique o se aproveche de él. Si en este caso el acreedor es incapaz, pero se aprovecha del pago, éste tendría validez. En estas hipótesis tampoco podría configurarse un acto jurídico, porque una de las partes, el acreedor, sería un agente incapaz. Se trataría, en consecuencia, de hechos jurídicos.

Y finalmente deseamos referirnos al pago por consignación. Ocurre en estos casos -y sucede con frecuencia- que el acreedor rehúsa aceptar el pago ofrecido por el deudor. Si éste consigna la prestación debida, el acreedor la impugna y se desestima tal impugnación, ¿a qué acto jurídico podríamos estarnos refiriendo? En este supuesto se habría producido un pago, pero no habría, por parte del acreedor, manifestación de voluntad. Se trataría de un pago impuesto. Y el pago, con esas características, constituye un hecho jurídico y no un acto jurídico.

Estas conclusiones nada tienen de sorprendente, pues un mismo evento, en circunstancias diferentes, puede asumir caracteres distintos.

Y si tratamos, brevemente, sobre las otras formas de extinción de las obligaciones, vemos que algunas de ellas también pueden variar de naturaleza. No nos referimos, desde luego, ni a la novación ni a la transacción, porque ellas constituyen actos jurídicos bilaterales. En rigor, son verdaderos contratos destinados a extinguir la obligación, aunque de ellos surjan nuevas relaciones obligacionales. Tampoco aludimos a la condonación o al mutuo disenso, que también constituyen actos jurídicos bilaterales.

¿Pero qué ocurre con la consolidación o confusión? Ella puede ser un acto jurídico bilateral o, simplemente, un hecho jurídico. Veamos. Si el acreedor cede los derechos que tiene contra su deudor al propio deudor, la obligación se extingue por confundirse en este último las calidades contradictorias de acreedor y deudor. Pero aquí habría existido un perfecto acto jurídico bilateral. Sin embargo, si el acreedor fallece y lo hereda su deudor, sucesor único, entonces la obligación también se extingue. Pero, ¿podríamos aquí argüir que ha existido un acto jurídico entre acreedor y deudor? La respuesta negativa se impone. Lo único que ha existido es un hecho jurídico que extingue la obligación, pues el deudor está imposibilitado de cobrarse a sí mismo. En este caso se percibe con toda nitidez cómo una misma institución

jurídica, en este caso llamada consolidación o confusión, puede tener naturaleza diferente.

La propia compensación tiene distinta naturaleza jurídica según el tratamiento legislativo que se le otorgue. En el Derecho peruano (artículo 1288 del Código Civil), la compensación extingue las obligaciones recíprocas, líquidas, exigibles y de prestaciones fungibles y homogéneas, hasta donde respectivamente alcancen, desde que hayan sido opuestas la una a la otra. En consecuencia, las obligaciones de esas características pueden coexistir. Pero es suficiente la manifestación unilateral de voluntad de una de las partes, al conjugarse las exigencias previstas por la ley, para que se extingan las relaciones obligacionales. Aquí estaríamos en presencia de un acto jurídico unilateral.

Sin embargo, si nos ubicamos en el Derecho Francés (artículo 1290 del Código Napoléon), en el que la compensación opera de pleno derecho, por la sola fuerza de la ley, al coexistir las obligaciones, ¿estaríamos aquí ante un acto jurídico? Evidentemente que no. Sólo estaríamos frente a un hecho jurídico, porque la extinción de las obligaciones opera al margen de la voluntad.

Vemos pues que la naturaleza jurídica de una misma institución puede variar. Por eso, cuando se está ante realidades diferentes, también podemos encontrarnos ante una misma institución que asuma caracteres distintos.

Por último, y a manera de conclusión, debemos dejar establecido que el pago es un deber y un derecho. El deudor, al pagar, cumple con el deber que emana de la relación obligacional asumida. Pero no sólo tiene el deber de pagar. También tiene el derecho a hacerlo, por diversas razones: a) desea cumplir con un imperativo de su conciencia; b) desea liberar de cargas a su patrimonio; c) desea evitar los daños y perjuicios que podrían originarse por la inejecución de la obligación en favor del acreedor; d) desea evitar los propios perjuicios que eventualmente podría ocasionarle mantener la prestación en su poder. Por eso, la ley ha organizado dos instituciones para que el deudor, ante la renuencia del acreedor a aceptar el pago, pueda liberarse: el pago por consignación y la mora del acreedor. En la misma medida en que el acreedor tiene el derecho de exigir el pago y el deber de aceptarlo.

- Efectos generales, secundarios y accidentales del pago.

Es evidente que el efecto general y por excelencia es la extinción de la obligación, la cancelación del crédito y la correlativa deuda.

Pero, además de este efecto, existen otros de índole secundaria o accidental.

En cuanto a los efectos secundarios y accidentales del pago, recogemos las expresiones de Cazeaux y Trigo Represas[52], quienes enseñan que fuera de su efecto primordial, el pago puede también producir otras consecuencias en determinadas circunstancias, si el mismo hubiese consistido en un acto voluntario, realizado con discernimiento, intención y libertad por el deudor; hecho que señala una importante diferencia entre el efecto cancelatorio y liberatorio propio del pago, que sólo requiere adecuación objetiva de la conducta del deudor a los términos o contenido de la obligación, con prescindencia de que exista o no voluntariedad de su parte (**animus prestandi**) e intención de pagar (**animus solvendi**); y las eventuales consecuencias secundarias que sólo se producen cuando el pago ha sido realizado voluntaria e intencionalmente por el obligado. Señalan los tratadistas citados que por eso se puede afirmar que en realidad, el pago en sí, como mero hecho jurídico que es, solamente tiene un único efecto: la extinción del crédito y consecuente liberación del deudor; mientras que para la producción de efectos secundarios no basta con el solo pago, sino que además se requiere que el mismo sea efectuado por el **solvens** con voluntariedad. En tal orden de ideas, el pago puede ser un acto de reconocimiento.

---

(52) CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Tomo II, Páginas 194 y siguientes.

Reconocer -dicen Cazeaux y Trigo Represas- es confesar la existencia de una obligación, sin agregarle ni quitarle nada; o sea, admitir que una obligación existe, pero tal cual es. Señalan que por todo ello ha prevalecido en doctrina la opinión de que el reconocimiento es un acto jurídico, una declaración de voluntad realizada con el fin de producir consecuencias jurídicas. Y por ello es que no cualquier pago, sino únicamente el que provenga de un obrar voluntario del **solvens**, puede valer como reconocimiento; y que, aun quienes sostienen que el pago es por su naturaleza un acto jurídico, expresan que es quien paga, si lo hace voluntariamente, desde luego, el que está admitiendo que existía la obligación que él extingue, habiendo, pues, un reconocimiento tácito.

A tenor de lo expuesto -expresan los autores citados-, resulta entonces que el pago de un incapaz, aunque extinga total o parcialmente la deuda, no puede constituir un acto válido de reconocimiento; como tampoco tiene valor recognoscitivo un pago que no sea espontáneo, sino urgido por el mecanismo legal utilizado en contra del deudor, como sería la promoción de un juicio ejecutivo.

La importancia del reconocimiento implicado en todo pago voluntario del deudor, estriba, a su vez, en la circunstancia de que aquél tiene efecto interruptivo de la prescripción liberatoria que pudiese estar corriendo; razón por la cual, después de un pago parcial cualquiera, volvería a comenzar una nueva prescripción por todo el lapso legal respecto del saldo insoluto de la obligación.

Por otra parte, para Cazeaux y Trigo Represas, el pago puede también constituir acto de confirmación. Si la obligación tenía algún vicio de nulidad relativa susceptible de provocar su invalidez, el ulterior pago voluntario practicado por el deudor importaría su confirmación tácita.

Pero, como en el supuesto anterior, para que el pago produzca tal consecuencia -convalidación del acto viciado- debe tratarse de un acto "voluntario"; y de ahí que no opere este efecto, si, por ejemplo, el pago lo realiza un incapaz, pues los actos nu-

los o anulables no pueden ser confirmados por las partes que tengan derecho a demandar o alegar la nulidad, antes de haber cesado la incapacidad, o en el caso de un pago forzado, que tampoco sería voluntario. Cazeaux y Trigo Represas enseñan, además, que el pago debe ser hecho asimismo con **animus confirmandi**, es decir con intención de sanear el vicio del acto que diera nacimiento a la obligación; lo cual, de aceptarse, indiscutiblemente corroboraría y daría mayor sustento a la afirmación de que no cualquier pago tiene efectos convalidatorios.

Adicionalmente, los autores citados expresan que el pago puede constituir un acto de consolidación del contrato, pues existen contratos en los cuales la relación jurídica que liga a las partes no es firme e irrevocable. Ello sucede cuando se ha otorgado una señal o arras penitencial, en cuyo supuesto cualquiera de los contratantes puede arrepentirse o dejar de cumplir el contrato: sea perdiendo la señal el que la entregó, o devolviendo la misma doblada la parte que la recibiera.

Pero -explican Cazeaux y Trigo Represas-, según la doctrina y jurisprudencia dominante, esa facultad de arrepentimiento sólo puede ejercitarse mientras no haya habido un comienzo de cumplimiento por alguna de las partes, por cuanto éste vendría a generar una suerte de consolidación definitiva del convenio; y en este sentido el pago, aunque sea parcial, posterior a la celebración del contrato, importa ese principio de ejecución consolidatorio de la convención, que descarta toda posibilidad de desistimiento para lo futuro.

- *Jurisprudencia peruana del artículo 1220.*

En relación al concepto de pago, reseñamos las siguientes Ejecutorias Supremas:

I.- "Por principio general, el pago presupone la existencia de la obligación, y si se verifica en vista de las facturas del acreedor, sin protesta o reclamación anterior o coetánea, envuelve el reconocimiento inequívoco de la deuda que se extingue,

aunque sea parcialmente." Ejecutoria del 8 de abril de 1924. Anales Judiciales, Página 19. (Artículo 1234 del Código Civil de 1936).

II.- "No es necesario que el pago se efectúe materialmente al demandar, si el demandado se opone." "El Peruano", 14 de junio de 1951. (Artículo 1234 del Código Civil de 1936).

III.- "Si se tiene en cuenta la indivisibilidad de la hipoteca y que la escritura pública en que se ha constituido contiene dos obligaciones a cargo de la misma persona, no es lícito que el deudor pretenda cancelar parcialmente dichas obligaciones, sin el consentimiento del acreedor.

Para que la consignación en pago surta efectos liberatorios deberá depositarse el dinero en la Caja de Depósitos y Consignaciones, de acuerdo con la ley.

El pago es indivisible y sólo habrá de entenderse que se ha pagado cuando se ha cumplido en su totalidad la prestación en que la obligación consiste (Artículo 1234 del Código Civil).

Para que el propietario deudor entre nuevamente en la posesión de un bien dado en anticresis no debe utilizar la vía ejecutiva, sino la acción reinvindicatoria, o la de desahucio por ocupación precaria." Ejecutoria del 20 de junio de 1951. Revista de Jurisprudencia Peruana, Número 92, 1951, Página 1025. (Artículos 1234 y 1259 del Código Civil de 1936 y 1251, reformado por el Código Procesal Civil y 1252 del Código Civil de 1984).

IV.- "La falta de pago de la merced conductiva en el plazo estipulado produce la rescisión del contrato de subarriendo.

Los pagos parciales no importan el cumplimiento de la obligación y de consiguiente no pueden oponerse en el juicio de desahucio por la falta de pago de la merced conductiva.

Si los daños causados por fuerza mayor no exceden del límite señalado por el artículo 1502 del Código Civil no procede la rebaja de la renta.

No tiene valor probatorio la diligencia preparatoria de inspección ocular actuada sin citación de la parte contraria ante quien se ha de hacer valer." Ejecutoria del 14 de agosto de 1957. Revista de Jurisprudencia Peruana, Número 172, 1958, Página 548. (Artículo 1234 del Código Civil de 1936).

V.- "La prueba del pago corresponde actuarla a quien afirma haberlo efectuado.

No tiene valor la afirmación de que no se le adeuda suma alguna, que hace el constructor en una escritura de declaración de fábrica, si por otros medios puede acreditarse que el pago no ha sido satisfecho íntegramente por el propietario; lo contrario sería admitir que el propietario se enriqueciera indebidamente a expensas del constructor." Ejecutoria del 21 de septiembre de 1965. Revista de Jurisprudencia Peruana, Número 263, 1965, Página 1476. (Artículos 1233, 1234, 1254, 1282, 1324 y 1325 del Código Civil de 1936 y 1229, 1324 y 1333 del Código Civil de 1984).

VI.- "El contrato de arrendamiento en el que se estipula el aumento progresivo de la renta tiene validez y no puede invocarse contra él el hecho de haberse continuado girando recibos por la primitiva renta, si se alega haberse cobrado la mayor renta con otro recibo.

Las consignaciones diminutas no tienen efectos cancelatorios." Ejecutoria del 13 de octubre de 1966. Revista de Jurisprudencia Peruana, Número 277, 1967, Página 201. (Artículos 1234 y 1258 del Código Civil de 1936, 1251, reformado por el Código Procesal Civil y 1251 del Código Civil de 1984).

VII.- "Apareciendo de la conclusión de una escritura de compraventa que el comprador ha pagado el precio a 'completa sa-

tisfacción del vendedor', aquél no tiene que demostrar por otros medios el pago de su importe, máxime si la escritura no ha sido tachada de falsa o nula." Ejecutoria del 6 de julio de 1971. Revista de Jurisprudencia Peruana, Número 333, 1971, Página 1246. (Artículo 1234 del Código Civil de 1936).

- ***Concordancias nacionales.***

Cumplimiento de obligación alternativa, artículo 1161 del Código Civil / Pago parcial, artículo 1221 del Código Civil / Liquidación del pago, artículo 746 del Código Procesal Civil / Procedencia del ofrecimiento de pago y consignación, artículo 802 del Código Procesal Civil.

- **PAGO PARCIAL.**

Artículo 1221.- "*No puede compelerse al acreedor a recibir parcialmente la prestación objeto de la obligación, a menos que la ley o el contrato lo autoricen.*

Sin embargo, cuando la deuda tiene una parte líquida y otra ilíquida, puede exigir el acreedor el pago de la primera, sin esperar que se liquide la segunda."

- ***Fuentes nacionales del artículo 1221.***

Dentro de la legislación colonial, puede mencionarse a la *Ley de las Siete Partidas*, Ley 3, Título XIV, Partida Quinta; y al *Fuero Real*, Ley 9, Título XX, Libro III: "**Si aquel que habie de rescebir el deudor no quisiere recibir parte sin todo, no sea constreñido de lo recibir**."

El artículo 1221 del Código Civil vigente 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.*

El *Código Civil de 1852*, trata el tema en su artículo 2226: "El acreedor puede ser obligado a admitir el pago por partes, con

tal que cada una no baje de la cuarta; salvo estipulación diversa o contraria."; el *Proyecto de Código Civil de 1890*, en su artículo 2908: "El acreedor puede ser obligado a recibir el pago por partes con tal que cada una no baje del veinticinco por ciento; salvo estipulación diversa o contraria."; el *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925*, en el artículo 213: "A menos que el contrato expresamente lo autorice, no podrá compelerse al acreedor a recibir parcialmente las prestaciones en que consista la obligación.- Sin embargo, cuando la deuda tuviera una parte líquida y otra ilíquida, podrá exigir el acreedor y hacer el deudor el pago de la primera sin esperar a que se liquide la segunda."; el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926*, en el numeral 203: "A menos que el contrato o la ley lo autorice, no podrá compelerse al acreedor a recibir parcialmente las prestaciones en que consista la obligación.- Sin embargo, cuando la deuda tuviere una parte líquida y otra ilíquida, podrá exigir el acreedor y hacer el deudor el pago de la primera sin esperar a que se liquide la segunda."; el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936*, en el artículo 1238: "A menos que la ley o el contrato lo autorice, no podrá compelerse al acreedor a recibir parcialmente la prestación en que consista la obligación.- Sin embargo, cuando la deuda tuviese una parte líquida y otra ilíquida, podrá exigir el acreedor y hacer el deudor el pago de la primera, sin esperar a que se liquide la segunda."; y el *Código Civil de 1936*, en el artículo 1247: "A menos que la ley o el contrato lo autorice, no podrá compelerse al acreedor a recibir parcialmente la prestación en que consista la obligación.- Sin embargo, cuando la deuda tuviese una parte líquida y otra ilíquida, podrá exigir el acreedor y hacer el deudor el pago de la primera, sin esperar a que se liquide la segunda."

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 85: "A menos que la ley o el contrato lo autoricen, no podrá compelerse al acreedor a recibir parcialmente la prestación en que consista la obligación.- Sin embargo, cuando la deuda tuviese una parte líquida y otra ilíquida, podrá exigir el acreedor y hacer el deudor el pago de la primera,

sin esperar a que se liquide la segunda."; mientras que el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980*, lo hacía en el artículo 88: "No podrá compelerse al acreedor a recibir parcialmente la prestación objeto de la obligación, a menos que la ley o el contrato lo autoricen.- Sin embargo, cuando la deuda tuviera una parte líquida y otra ilíquida, podrá exigirse al acreedor y tendrá derecho el deudor, al pago de la primera, sin esperar a que se liquide la segunda."; el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981*, en el artículo 1242: "No podrá compelerse al acreedor a recibir parcialmente la prestación objeto de la obligación, a menos que la ley o el contrato lo autoricen.- Sin embargo, cuando la deuda tuviera una parte líquida y otra ilíquida, podrá exigirse al acreedor y tendrá derecho el deudor, al pago de la primera, sin esperar a que se liquide la segunda."; y el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984*, en el artículo 1189: "No puede compelerse al acreedor a recibir parcialmente la prestación objeto de la obligación, a menos que la ley o el contrato lo autoricen.- Sin embargo, cuando la deuda tiene una parte líquida y otra ilíquida, puede el acreedor exigir el pago de la primera, sin esperar que se liquide la segunda."

- ***Fuentes y concordancias extranjeras.***

Concuerdan con el artículo 1221 del Código Civil Peruano, entre otros, los Códigos Civiles Hondureño de 1906 (artículo 1434), Portorriqueño de 1930 (artículo 1123), Mexicano (artículo 2078), Panameño (artículo 1056), Costarricense de 1888 (artículo 772 -similar al primer párrafo del artículo 1221 Peruano-), Uruguayo (artículo 1459), Ecuatoriano (artículo 1634), Venezolano de 1942 (artículos 1291 y 1292), Venezolano de 1880 (artículos 1190 y 1191), Chileno (artículo 1591), Boliviano de 1976 (artículo 305), Español (artículo 1169), Portugués de 1967 (artículo 763), Paraguayo de 1987 (artículos 558 -similar a la primera parte del artículo 1221 Peruano- y 559 -similar a la segunda parte del artículo 1221 Peruano-), Guatemalteco de 1973 (artículos 1374 y 1387), de la República Socialista Federativa Soviética de Rusia de 1922 (artículo 109, inciso 1), Argentino (artículos 742 y 743), Código Ci-

vil de la Provincia de Québec (artículo 1149 -establece que el deudor no puede compeler al acreedor a recibir en parte el pago de una obligación, aunque ésta sea divisible. El tribunal no puede tampoco, en ningún caso, ordenar, por su juicio, que una deuda actualmente exigible sea pagada por entregas de dinero, sin el consentimiento del deudor. Si la deuda se compone de intereses que exceden la tasa legal y que resultan usurarios, o si la deuda comprende intereses reclamados a título de descuento de deducción adelantada, de comisión u otra índole, el tribunal puede ordenar que esos intereses o esa parte de intereses usurarios sean pagados mediante entrega de dinero y fijar los montos y vencimientos de éstos a su discreción, según las circunstancias-) y Suizo de las Obligaciones (artículo 69 -prescribe que el acreedor puede rechazar el pago parcial cuando la deuda es líquida y exigible por el íntegro. Si el acreedor acepta el pago parcial, el deudor no puede negarse a pagar la parte reconocida de la deuda-).

Por su parte, el Código Civil Francés (artículo 1244) dispone que el deudor no puede forzar al acreedor a recibir en parte el pago de una deuda, incluso divisible. No obstante, los jueces pueden conceder, para el pago, en consideración a la posición del deudor y tomando en cuenta la situación económica, plazos que se adaptarán en su duración a las circunstancias, sin que puedan superar con todo un año, y suspender la ejecución de las actuaciones, dejando todas las cosas en su estado. En caso de urgencia compete igual facultad, en cualquier estado de la causa, al juez de las comparecencias sumarias. Si se suspende el curso de la demanda, los plazos fijados por el Código de Procedimiento Civil para la validez del procedimiento ejecutivo se suspenderán hasta la expiración del plazo concedido por el juez.

También debe mencionarse al Proyecto de Código Civil Colombiano (artículo 567), cuando prescribe que si hay controversia sobre la cantidad de la deuda, o sobre sus accesorios, podrá el juez ordenar, mientras se decide la cuestión, el pago de la cantidad no disputada; y al Proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones y Contratos de 1927 (artículo 178), el mismo que preceptúa que el juez puede establecer plazos moderados para el pago considerando la posición del deudor.

El Código Civil Alemán (artículo 266) establece que el deudor no está autorizado a efectuar prestaciones parciales.

Por otra parte, el Código Civil Etíope (artículo 1746) dispone que (1) El acreedor puede rechazar un pago parcial, cuando la deuda es líquida y exigible por el todo.- (2) Si una deuda es impugnada en parte y el acreedor acepta recibir el pago de la parte reconocida del crédito, el deudor debe pagarle dicha parte.

Por último, el Código Civil Ecuatoriano (artículo 1635) señala que si hay controversia sobre la cantidad de la deuda, o sobre sus accesorios, podrá el juez ordenar, mientras se decide la cuestión, el pago de la cantidad no disputada.

- ***Análisis***.

Fluye de nuestros comentarios al artículo 1220 del Código Civil Peruano, el sentido del primer párrafo del numeral 1221, que vamos a analizar seguidamente.

El acreedor no puede ser compelido (obligado) a recibir un pago parcial de la prestación objeto de la obligación. Esta es la regla general. El acreedor no podrá ser obligado a recibir un cumplimiento parcial, pues, se entiende, dicho cumplimiento parcial equivale a un incumplimiento de parte de la prestación debida. Y no es a eso a lo que se ha obligado el deudor (o aquello que la ley le ordena cumplir). Este precepto es simple consecuencia del principio de integridad de la prestación, de la indivisibilidad del pago. La regla excepcional, que corresponde a la autonomía de la voluntad de las partes, es que el deudor, por mandato de la ley o por el contrato, esté autorizado a efectuar pagos parciales.

El principio enunciado se basa en su antecedente directo del Código Civil de 1936. Como se sabe, este cuerpo legislativo varió el sistema contemplado por el Código Civil de 1852, que sí permitía los pagos parciales. El propulsor de esta reforma fue el Doctor

Manuel Augusto Olaechea, quien la sustentaba en los términos siguientes[1]:

"Consecuente el Anteproyecto con lo establecido ya en el artículo 155, consagra nuevamente principio tan claro como el de la indivisibilidad normal del pago. El acreedor puede alegar razones económicas valiosas para rehusar los pagos parciales y por eso el Anteproyecto previene, conformándose a lo que constituye una solución casi uniforme en el campo de la legislación comparada, que el acreedor, salvo cuando así se estipuló en el contrato, no puede ser obligado a recibir el pago por partes, quedando abolida la doctrina vigente que sanciona precisamente la solución contraria."

Decía Demolombe[2] que el tema de la integridad del pago fluye de la pregunta de cómo se debe pagar la cosa debida: se debe pagar la cosa tal como se prometió. Además -agrega-, es la cosa por completo la que se prometió en su individualidad, cualquiera que sea el objeto, un cuerpo cierto o una cantidad; entonces es esta cosa considerada en su unidad total como debe pagarse. Considera Demolombe que fraccionarla sería desnaturalizarla; sería substituir a la única deuda de una sola cosa en tantas deudas separadas como partes se hiciera de ella, sean éstas iguales o desiguales; y esto no lo puede hacer el deudor sin el consentimiento del acreedor.

Anota que lo primero ocurre cuando se contempla el fraccionamiento escalonado, como sería el caso de una compra de lotes por mensualidades. En tal caso el deudor del precio está autorizado a hacer pagos parciales en las fechas prefijadas. Empero, si se atrasa en los pagos y deja acumular varias cuotas impagas, el principio de integridad recobra su virtualidad, quedando precisado el comprador a solventar conjuntamente todas las cuotas atrasadas.

(1) COMISION REFORMADORA DEL CODIGO CIVIL PERUANO de 1852. Op. cit., Fascículo V, Página 180.
(2) DEMOLOMBE, C. Op. cit., Tomo XXVII, Página 207.

Considera Demolombe que se interpreta acuerdo tácito para hacer pagos parciales cuando el deudor cuenta a su favor con una "cláusula de pago a mejor fortuna". En tal caso cabe admitir un pago parcial que quiera hacer el deudor si por ahora no está en condiciones de efectuar un desembolso mayor: es lo que condice con el sentido de una cláusula de ese tipo.

El profesor argentino Ernesto Clemente Wayar[3] sostiene que en virtud del principio de integridad, el pago debe ser completo, es decir, el objeto del pago tiene que ser cuantitativamente igual al objeto del crédito. En tanto que con el principio de identidad se resuelve un problema de calidad o esencia, con el de integridad se resuelve otro de cantidad o magnitud; de modo tal que así como el acreedor no puede ser obligado a recibir una cosa distinta (identidad), tampoco se le puede exigir que acepte una cantidad menor o fraccionada (integridad). Agrega que un pago es íntegro cuando el deudor, o "**solvens**", le proporciona al acreedor, o "**accipiens**", la totalidad del objeto debido en un solo y único acto de cumplimiento. El principio de integridad no tolera ni disminución ni fraccionamiento del objeto.

Refiere Wayar que, según algunos autores, el pago tiene que ser, además de íntegro, indivisible; en tanto que la integridad -dicen- impide circunscribir la prestación a una sola parte, la indivisibilidad impide fraccionarla en el tiempo. Sin embargo -señala-, no parece exacto discriminar integridad e indivisibilidad como si se tratara de dos principios, pues ambas expresiones se refieren, en realidad, a la misma cuestión: la paridad cuantitativa que tiene que haber entre el objeto del pago y el objeto del crédito. Si el acreedor tiene derecho a obtener la totalidad de su crédito en un único acto de cumplimiento, es lógico deducir que ese derecho a la integridad del objeto se verá vulnerado tanto cuando el deudor pretenda entregar una cantidad menor, como cuando pretenda pagar la totalidad de lo que debe pero mediante entregas parciales. Es el principio de integridad el que impide que el

(3) WAYAR, Ernesto Clemente. Op. cit., Tomo I, Páginas 376 y siguientes.

deudor pueda efectuar pagos parciales cuando no está autorizado; la idea de indivisibilidad está comprendida en él.

De otro lado, Jacques Dupichot[4] señala que el pago debe comprender la totalidad de la deuda, incluyendo los gastos inherentes a él como sería el caso de los impuestos de timbre de los documentos en que consta la deuda; pues, en efecto, el deudor no puede constreñir al acreedor a que acepte pagos fraccionados; pero Dupichot agrega que en la práctica, hay veces en que es mejor aceptar pagos fraccionados que esperarse por el total del pago.

Por nuestra parte, podemos afirmar que los dos supuestos de excepción contemplados por el Código Civil Peruano de 1984 al principio de integridad en el pago, como hemos señalado, resultan obvios, pues en ambos casos, ni el contrato ni la ley obligan al deudor a efectuar un pago total de la prestación en un determinado momento, sino que lo facultan a efectuar pagos parciales, conducentes a la ejecución de la totalidad de la prestación.

Debe descartarse como interpretación de la segunda parte del primer párrafo del artículo bajo comentario, que la mención del contrato o de la ley puedan referirse a un pago parcial que tenga la facultad de liberar al deudor de la totalidad de la prestación debida. No es este el sentido de la norma. El precepto tiene por objeto, simplemente, permitir al deudor cumplir con su prestación de manera parcial, pero al iniciar la ejecución de la misma en esta forma, dichos cumplimientos parciales no lo liberarán de cumplir con el resto de la prestación debida. Lo contrario sería admitir que el contrato o la ley estén dando al pago parcial características de pago total, lo que sería a todas luces absurdo.

Por otra parte, deuda líquida, a la que se refiere el segundo párrafo del precepto bajo comentario, es aquella cuyo monto exacto está determinado o es determinable con suma facilidad. Por ejemplo, una deuda puede consistir en el pago de capital e

(4) DUPICHOT, Jacques. Op. cit., Página 111.

intereses. El monto del capital será con frecuencia conocido desde el momento en que surge la obligación. Pero no necesariamente ocurrirá lo propio con los intereses devengados, los mismos que deberán calcularse aplicando las tasas correspondientes, procedimiento que en algunos casos puede revestir cierta complejidad. En tal sentido, dicha norma faculta al acreedor a exigir el pago de la parte líquida, mientras se efectúa el cálculo de la otra parte -la ilíquida-, a fin de convertirla en líquida.

En opinión de Manuel Albaladejo[5], las obligaciones (las deudas o créditos) de cantidad (de dinero o de otra cosa) pueden ser líquidas o ilíquidas. Son líquidas cuando no sólo está determinado en qué consiste la prestación, sino también está fijada numéricamente su cuantía.

En otro caso son ilíquidas.

Señala que se está en el primer caso si, por ejemplo, A debe a B mil pesetas; en el segundo, si A, que incumplió culpablemente un contrato celebrado con B, razón por la que ha de indemnizarle daños y perjuicios, debe a éste (aún antes de valorarlos) la suma (todavía no fijada) a que asciendan.

Agrega Albaladejo que la distinción de las obligaciones en líquidas e ilíquidas tiene importantes consecuencias, como en el caso de mora del deudor, o ciertos efectos procesales.

A entender de Eduardo B. Busso[6], para que una deuda se considere líquida deben concurrir acumulativamente dos circunstancias: (a) que sea cierta en la existencia; (b) determinada en el monto.

Explica Busso que la falta de cualquiera de esos requisitos priva de liquidez a la deuda: así, por ejemplo, si fuera cierta, pero

(5) ALBALADEJO, Manuel. Op. cit., Volumen II, Tomo II, Páginas 85 y siguientes.
(6) BUSSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo IV, Páginas 487 y siguientes.

no determinada (honorarios de un médico cuyos servicios no se niegan), o si fuera determinada pero no cierta (precio de un servicio fijado contractualmente, cuando se discute el hecho del cual dependa que proceda o no el pago). Añade que el requisito de liquidez ha sido considerado por la jurisprudencia principalmente en lo referente a determinar una deuda que devenga intereses.

Anota el citado tratadista argentino que una situación similar se presenta cuando una deuda está parcialmente vencida y parcialmente pendiente (como sería el caso de una cuota que debe pagarse en determinada fecha), o cuando en parte está sometida a una condición que no se ha cumplido.

Considera además que el codificador habría partido de la base de que la porción líquida y la ilíquida deben considerarse deudas distintas; y señala que el mismo hecho de que una de las partes sea líquida y la otra no lo sea, demuestra que hay entre ambas cierta independencia que justifica se las considere exigibles en forma independiente y en distintos momentos.

Tratando de su utilización más común, Busso señala que el artículo se aplicaría en el caso de tener que restituirse una cosa cierta, con frutos que deben someterse a cómputo; o en una rendición de cuentas en la que hubiese partidas determinadas y otras que requieran cálculos determinativos.

Busso también enseña que el artículo encara la posibilidad de demandar la parte líquida y lo considera una facultad del acreedor a la cual el deudor debe avenirse; que, en realidad, lo sustancial de la norma es la posibilidad de separar lo líquido de lo ilíquido a los efectos del pago, y que en consecuencia también el deudor, en su propio interés, podría tomar la iniciativa de hacer efectiva esa separación, pagando lo líquido y liberándose de responsabilidades, riesgos e intereses por lo que a esa prestación se refiere; agrega que problema distinto al estudiado es el de si se podría hacer válidamente pagos provisionales a cuenta de deudas ilíquidas, pagos que quedarán condicionados a la posterior liquidación, en forma tal que una vez practicada ésta la deuda se tu-

viera por extinguida desde el momento en que se hizo entrega de los fondos con el destino anteriormente señalado.

Por último, el citado autor hace mención a un caso de la jurisprudencia argentina, el mismo que registra la siguiente situación: un contribuyente, para beneficiarse con una ley de condonación, depositó el día en que vencía el plazo de dicha ley, una suma para ser aplicada al pago del impuesto no liquidado. El Estado, con posterioridad, aceptó ese depósito, y en momento ulterior se practicó la liquidación. La mayoría del tribunal consideró que el pago debía considerarse hecho en el momento del depósito de los fondos. Se dijo: la conformidad del acreedor que perfecciona jurídicamente el pago lo retrotrae, en cuanto a la fecha, al momento en que la suma fue depositada; y aclarando esa regla de validez del pago aún no liquidado, se agregó: si bien no puede obligarse al acreedor a aceptar el pago de una deuda ilíquida, nada se opone, en cambio, a que voluntariamente lo acepte; en tanto que la minoría sostuvo: mientras no haya liquidación de la deuda no puede haber pago extintivo. La liquidación no puede surtir efectos mientras no hayan acordado sobre ella acreedor o deudor, o mientras no se hayan decidido judicialmente las diferencias que puedan surgir entre esas partes. El depósito de la suma no puede tener el efecto de un pago definitivo; siendo sólo un pago provisional que permitiría al acreedor disponer de ella con cargo de reintegrar la diferencia que pudiere resultar de la liquidación a practicar.

Coincidimos con Llambías[7] cuando expresa que en algunos casos es la propia ley la que concede al deudor la posibilidad de hacer un pago parcial. Así ocurre: (1) cuando el deudor se acoge al beneficio de competencia y paga lo que buenamente puede, que por hipótesis será una parte de la deuda; (2) cuando son insuficientes los bienes del deudor para cubrir su deuda, en cuya situación el acreedor recibe, de hecho, un pago parcial; (3) cuando la deuda es parcialmente líquida.

---

(7) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo II - B, Páginas 200 y siguientes.

Reitere el citado autor, con respecto a este último caso, que es una solución correcta que viene a escidir la indivisibilidad de la prestación, a los efectos del pago. Desde luego, no hay razón para postergar la definición parcial del asunto por el hecho de que momentáneamente no se lo puede definir en su integridad. "Lo cierto y líquido no se detiene o embaraza por lo incierto o ilíquido", decía Goyena, quien es citado por Llambías.

Por otra parte, señala el tratadista argentino, hay diversas situaciones que algunos autores muestran como excepciones al principio de integridad que, en verdad, carecen de ese alcance.

Puntualiza en primer término que, por lo pronto, cuando las mismas partes mantienen entre ellas distintas obligaciones independientes: el acreedor no puede rehusar el cobro de una de ellas porque no se le pagan las demás. Cada obligación se aprecia separadamente y también con relación a cada obligación funciona el principio de integridad.

Expresa LLambías que se entiende que son obligaciones distintas las que nacen sucesivamente "**prorrata temporis**", en función de períodos diferentes, tales como los créditos de alquileres, alimentos, rentas periódicas, etc. Aunque se acumulen varios períodos impagos, cada deuda conserva su individualidad, porque no se trata de una obligación única que se haya dividido en cuotas, como ocurre en la compra por mensualidades, sino de varias obligaciones que han ido germinando o brotando con el correr del tiempo. De ahí que por cada lapso transcurrido haya nacido una obligación, lo que hace que el deudor pueda pagar la deuda de un período dejando impaga la correspondiente a otro lapso. Por ejemplo, un inquilino que adeuda tres meses de alquiler puede pagar el alquiler de un mes sin que el acreedor pueda negarse a recibir el pago por el hecho de que queden los otros meses impagos.

Empero -señala Llambías-, en ésta hipótesis el acreedor puede negarse a recibir un pago periódico ulterior si quedan impagos los períodos anteriores. Es lo que implícitamente autoriza el artículo 746 del Código de Vélez Sarfield (equivalente a nuestro

artículo 1231). "Cuando el pago deba ser hecho en prestaciones parciales, y en períodos determinados, el pago hecho por el último período hace presumir el pago de los anteriores, salvo la prueba en contrario". Para que no juegue esta presunción contra el acreedor impago -anota-, es menester reconocerle a éste el derecho de negarse a recibir pagos correspondientes a períodos posteriores mientras estén pendientes los anteriores.

Finalmente, a entender de Llambías, las deudas independientes o sucesivas no pierden su individualidad por el hecho de incluirlas el acreedor en una única demanda judicial, pues siempre podría el demandado cancelar sólo alguna de las obligaciones a su cargo si acompaña el pago con los accesorios pertinentes.

Señala Llambías, en segundo término, que en la obligación simplemente mancomunada, cada acreedor o deudor está confinado a su respectiva "cuota y porción" del crédito o deuda. De ahí que cada cual sólo tenga derecho a cobrar, o esté precisado a pagar, una parte del objeto conjunto de la obligación de sujeto plural. Empero, ello no afecta al principio de integridad, el mismo que funciona plenamente con relación a la cuota de cada acreedor o deudor.

Y, en tercer lugar, se suele decir que la compensación, en cuanto extingue en parte un crédito que queda neutralizado por una deuda cruzada, quiebra el principio de integridad, imponiéndole al acreedor, aun contra su voluntad, la recepción de su crédito hasta el importe de su deuda; pero, a entender de Llambías, ese análisis no es apropiado, ni el juego de la compensación atenta contra el principio de integridad.

Para Ernesto Clemente Wayar[8] el principio de integridad no es absoluto. Son varios los supuestos en los cuales el deudor está autorizado a efectuar un pago disminuido pero con efecto cancelatorio; en tanto que en otros, está habilitado para fraccionar

---

(8) WAYAR, Ernesto Clemente. Op. cit., Tomo I, Páginas 380 y siguientes.

el pago en varios actos de cumplimiento. Que el deudor esté autorizado supone, correlativamente, que el acreedor debe ajustar su pretensión a los límites de la autorización; mientras que a la inversa, y puesto que la integridad es invocable por ambos sujetos, el deudor autorizado a fraccionar tampoco podría imponer al acreedor que acepte el pago íntegro contra su voluntad.

Puntualiza Wayar que la posibilidad de dejar a un lado la integridad puede provenir de un acuerdo entre acreedor y deudor, o de una disposición de la ley. Anota que son tres las excepciones al principio de integridad:

(a) Acuerdo de voluntades.

(b) Autorización legal.

(c) Autorización judicial.

Por otra parte, Wayar hace mención de algunas situaciones que no constituyen excepciones al principio de integridad, las mismas que, a saber, son las siguientes:

(a) Obligaciones sucesivas o periódicas independientes entre sí.

(b) Obligaciones "independientes" entre el mismo acreedor y el mismo deudor.

Recapitulando, y apoyándonos -en parte- en lo expresado por el profesor H. Gustavo Palacio Pimentel[9], diremos que la indivisibilidad del pago admite varias excepciones, las mismas que se explican a continuación:

(1) En el caso de compensación entre dos deudas por cantidades desiguales, pues la deuda mayor se extingue hasta nivelar el monto de la menor, entonces el acreedor de la primera resulta, por lo tanto, en la misma situación que respecto a si se hubiera efectuado un pago parcial;

(9) PALACIO PIMENTEL, H. Gustavo. Op. cit., Tomo I, Páginas 485 y 486.

(2) Deudores de prestación divisible;

(3) En el caso en que funcione el beneficio de división entre los fiadores simples;

(4) En el campo del Derecho sucesorio, cuando muere el deudor dejando varios herederos y un patrimonio suficiente para atender la obligación, es lógico que el pago se hará parcialmente por cada heredero;

(5) Cuando el título de la obligación o un título posterior concede al deudor la facultad de pagar parcialmente la prestación;

(6) Por voluntad del acreedor, en el sentido de aceptar pagos parciales;

(7) En el supuesto a que se contrae la segunda parte del artículo 1221 (1247 del Código Civil de 1936), pues puede ocurrir que, entendiendo el acreedor que toda la deuda es líquida, el deudor afirme que sólo es líquida en parte y, por consiguiente, exija la recepción del pago de lo líquido;

(8) Autorización legal;

(9) Autorización judicial;

(10) Cuando las prestaciones son independientes entre sí;

(11) Cuando son insuficientes los bienes del deudor para cubrir su deuda, en cuya situación el acreedor recibe, de hecho, un pago parcial;

(12) Cuando el deudor se acoge al beneficio de competencia y paga lo que buenamente puede, que por hipótesis será una parte de la deuda.

- ***Jurisprudencia peruana del artículo 1221.***

En relación al tema del pago parcial, podemos citar las siguientes Ejecutorias Supremas:

I.- "Los pagos parciales deben aplicarse al crédito materia de la ejecución, descontándose los intereses correspondientes al tiempo posterior a esos pagos." Anales Judiciales, 1905, Página 179. (Artículo 1234 del Código Civil de 1936).

II.- "No es de cargo del conductor fijar el monto del aumento de la merced conductiva cuando se ha pactado que será reajustado en el mismo porcentaje que el del costo de vida.

La consignación de la última renta pagada, mientras no esté precisado el monto de ese aumento, impide la mora.

La presunción legal del artículo 957 del Código de Procedimientos Civiles no es de aplicación cuando se desvirtúa mediante la prueba pertinente.

No es causal de nulidad de actuados el no tener a la vista expedientes ofrecidos en parte de prueba, si no se relacionan con la materia de debate." Ejecutoria del 12 de febrero de 1975. Revista de Jurisprudencia Peruana, Número 375, 1975, Página 371. (Artículos 1247 y 1261 del Código Civil de 1936, 1254 del Código Civil de 1984 y 1254, reformado por el Código Procesal Civil).

- ***Concordancias nacionales.***

Ejecución íntegra de la prestación, artículo 1220 del Código Civil / Ejecución de suma líquida, artículo 716 del Código Procesal Civil / Ejecución de suma ilíquida, artículo 717 del Código Procesal Civil / Limitación de responsabilidad en la transformación de sociedades, artículo 350 de la Ley General de Sociedades.

- **PERSONAS QUE PUEDEN EFECTUAR EL PAGO.**

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

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

- ***Fuentes nacionales del artículo 1222.***

Dentro de la legislación colonial, podemos mencionar a la *Ley de las Siete Partidas*, Ley 3, Título XIV, Partida Quinta: "**Non tan solamente es quito ome de lo que deue, faziendo paga dello por si mismo, mas faziendola a un otro qualquier por el su nome. E maguer aquel que deue aquel debdo, no supiesse que otro fazia la paga por el, con todo esso sería quito. E aunque lo supiesse, e lo contradixesse.**"

Por otro lado, dentro de la misma *Ley de Partidas*, tenemos a la Ley 32, Título XII, Partida Quinta: "**Otrosi dezimos, que si un ome pagasse debda verdadera, que otro ome deuiesse, que luego que la ha pagada, que finca el que la deuía, libre, e quito, maguer la pagasse sin su mandato. Pero aquel por**

quien es fecha esta paga, es tenudo de dar al otro, aquello que por el pago, también como si lo ouisse pagado por su mandato."

En el *Fuero Real*, debe hacerse referencia a la Ley 11, Título XX, Libro III: "**Pero si el deudor le defendio que no pagase, no sea tenudo de responderle por lo que pagó, pues que lo fizo contra su defendimiento.**"

Por último, en la propia *Ley de Partidas*, tenemos también a la Ley 17, Título XXXIV, Partida Séptima.

Ya dentro de la República, el artículo 1222 del Código Civil vigente no registra antecedentes en el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836.*

Sí es regulado el tema en el *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836*, artículo 830: "Una obligación puede satisfacerse por toda persona interesada, tal como el coobligado. Un tercero que no tiene interés alguno puede satisfacerla, con tal que obre a nombre y en descargo del deudor, o si obra en su nombre propio, será subrogado en los derechos del acreedor."; en el *Código Civil de 1852*, por los artículos 2215: "Pago es el cumplimiento de la obligación, por el deudor o por otro a su nombre."; y 2216: "Puede también verificarse el pago por un tercero en su propio nombre, expresando que no se substituye al acreedor."; por el *Proyecto de Código Civil de 1890*, en el numeral 2898: "Puede pagar el mismo deudor, un encargado suyo, o un tercero en su propio nombre, con tal que no se subrogue al acreedor."; por el *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925*, en su artículo 197: "Puede hacer el pago cualquiera persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, ya lo conozca y lo apruebe, o ya lo ignore el deudor.- El que pagare por cuenta de otro podrá reclamar del deudor lo que hubiere pagado, a no haberlo hecho contra su expresa voluntad.- En este caso sólo podrá repetir del deudor aquello en que le hubiera sido útil el pago."; y por el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926*, en el artículo 187: "Puede hacer el pago

cualquiera persona, tenga o no interés en el cumplimiento, ya lo conozca o ya lo ignore el deudor.- El que pagare por cuenta de otro podrá reclamar del deudor lo que hubiese pagado, a no haberlo hecho contra su expresa voluntad.- En este caso sólo podrá repetir del deudor aquello en que le hubiere sido útil el pago."

El *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936*, trataba el tema en su artículo 1226: "Puede hacer el pago cualquiera persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, ora lo conozca, ora lo ignore el deudor.- El que pagase por cuenta de otro, podrá reclamar del deudor lo que hubiese pagado, a no haberlo hecho contra su expresa voluntad.- En este caso, sin embargo, puede repetir del deudor aquello en que le hubiese sido útil el pago."; en tanto el *Código Civil de 1936* lo hacía en el artículo 1235: "Puede hacer el pago cualquiera persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, ora lo conozca, ora lo ignore el deudor.- El que pagase por cuenta de otro, podrá reclamar del deudor lo que hubiese pagado, a no haberlo hecho contra su expresa voluntad.- En este caso, sin embargo, puede repetir del deudor aquello en que le hubiese sido útil 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 el tema en su artículo 86: "Puede hacer el pago cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, ora lo conozca, ora lo ignore el deudor.- El que pagase por cuenta de otro, podrá reclamar del deudor lo que hubiese pagado, a no ser que lo haya hecho contra su expresa voluntad.- En este caso, sin embargo, puede repetir del deudor aquello en que le hubiese sido útil el pago."; el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980*, en el artículo 89: "Si el pacto o la naturaleza de la obligación no lo impidiera, podrá hacer el pago cualquier persona, tenga o no interés en su cumplimiento, sea con el asentimiento del deudor o sin él.- Quien pagara sin asentimiento del deudor, sólo podrá exigir la restitución de aquello en que le hubiese sido útil el pago."; mientras que el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981*, lo hacía en el numeral 1243: "Puede hacer el pago

cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, sea con el asentimiento del deudor o sin él, salvo que el pacto o su naturaleza lo impidiera.- Quien pagara sin asentimiento del deudor, sólo podrá exigir la restitución de aquello en que le hubiese sido útil el pago."; y el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984*, en el artículo 1190: "Puede hacer el pago cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, sea con el asentimiento del deudor o sin él, salvo que el pacto o su naturaleza lo impidan.- Quien paga sin asentimiento del deudor, sólo puede exigir la restitución de aquello en que le hubiese sido útil el pago."

- ***Fuentes y concordancias extranjeras.***

Coinciden con el artículo 1222 del Código Civil Peruano, entre otros, los Códigos Civiles Francés (artículo 1236 -similar al primer párrafo del artículo 1222 Peruano-), Hondureño de 1906 (artículo 1423), Portorriqueño de 1930 (artículo 1112), Mexicano (artículos 2065 a 2071), Panameño (artículo 1045), Costarricense de 1888 (artículo 765, primer párrafo -similar al primer párrafo del artículo 1222 Peruano-, establece que cualquiera puede pagar a nombre del deudor, aún oponiéndose éste o el acreedor; y en caso de concurso un coacreedor puede hacer el pago, aun contra la voluntad de ambos), Uruguayo (artículo 1450), Ecuatoriano (artículos 1615 y 1616), Venezolano de 1942 (artículo 1283), Venezolano de 1880 (artículo 1182), Chileno (artículos 1572 y 1573), Boliviano de 1976 (artículo 295), Anteproyecto de Código Civil Boliviano de Angel Ossorio y Gallardo de 1943 (artículo 859), Español (artículo 1158), Brasileño (artículo 930), Portugués de 1967 (artículos 767 y 768), Paraguayo de 1987 (artículo 548 -similar al primer párrafo del artículo 1222 Peruano-), Guatemalteco de 1973 (artículo 1380 -similar al primer párrafo del artículo 1222 Peruano-), Proyecto de Código Civil Brasileño de 1975 (artículo 302), Egipcio (artículo 224 -establece que el tercero que pagó la deuda puede repetir contra el deudor por aquello que le benefició a éste último, hasta la concurrencia de los desembolsos-), Proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones y Contratos de 1927 (artículo 171 -precisa además que el pago hecho por un tercero se

hace a nombre y liberando al deudor o si lo hace a nombre propio no se subroga en los derechos del acreedor-) y de la República de China de 1930 (artículo 311, segundo párrafo -señala que si el tercero tiene interés en que la obligación sea ejecutada, el acreedor no puede rechazar el pago-).

Por su parte, el Proyecto de Código Civil Colombiano regula el tema en sus artículos 558, primer párrafo -puntualiza que puede pagar por el deudor cualquier persona a nombre de él, aun sin su consentimiento o contra su voluntad, y aun a pesar del acreedor- y 559 -que preceptúa que quien paga sin consentimiento del deudor o contra su voluntad y no hubiere sido subrogado por el acreedor en sus derechos contra el deudor, tendrá acción para que éste le reembolse-. Además, el Código Civil Boliviano de 1831 (artículo 827) agrega que una obligación puede satisfacerse por toda persona interesada, como el coobligado. Un tercero que no tenga interés alguno puede satisfacerla, con tal que obre a nombre y en descargo del deudor, o si obra en su nombre propio no se ha subrogado en los derechos del acreedor.

Por otro lado, el Código Civil de la Provincia de Québec (artículo 1141) prescribe que el pago puede realizarse por una persona extraña a la obligación y el acreedor puede ser constituido en mora por la oferta de un extraño de ejecutar la obligación por el deudor, incluso sin el conocimiento de este último; pero es necesario que ese pago beneficie al deudor y que no tenga como fin únicamente cambiar al acreedor.

Resulta interesante lo establecido por el Código Helénico (artículo 318), cuando prescribe que el acreedor puede rechazar la prestación efectuada por un tercero si el deudor declaró que se opondría.

También, en lo referente al pago realizado por tercera persona, debe mencionarse al Código Civil Egipcio (artículo 225), el mismo que establece que el tercero que realiza un pago tiene las mismas garantías que aseguraban la obligación extinguida en los siguientes casos: 1) Cuando el acreedor al momento del pago consintió en transmitir tales garantías; 2) Cuando el tercero esta-

ba obligado a la deuda con o por el deudor; 3) Cuando ese tercero paga a un acreedor privilegiado; y 4) Cuando la ley acuerda especialmente la subrogación. Este mismo Código (artículo 226) añade que el deudor puede oponerse al pago realizado por un tercero si demuestra que tenía interés en el pago.

El Código Civil Argentino (artículo 727) establece que el pago puede hacerse también por un tercero con asentimiento del deudor y aun ignorándolo éste, y queda la obligación extinguida con todos sus accesorios y garantías. En ambos casos, el que hubiese hecho el pago puede pedir al deudor el valor de lo que hubiese dado en pago. Si hubiese hecho el pago antes del vencimiento de la deuda, sólo tendrá derecho a ser reembolsado desde el día del vencimiento. Este cuerpo legal añade (artículo 728) que el pago puede también ser hecho por un tercero contra la voluntad del deudor. El que así lo hubiese verificado tendrá sólo derecho a cobrar del deudor aquello en que le hubiese sido útil el pago; y señala, además (artículo 729), que el acreedor está obligado a aceptar el pago hecho por un tercero, ya pagando a nombre propio, ya a nombre del deudor; pero no estará obligado a subrogar en su lugar al que hiciere el pago.

Respecto de las obligaciones de hacer, el Código de Vélez Sarsfield agrega (artículo 730) que si la obligación fuere de esa naturaleza, el acreedor no está obligado a recibir el pago por la prestación del hecho o servicio de un tercero, si hubiese interés en que sea ejecutado por el mismo deudor.

- ***Análisis.***

Es regla general del pago que éste pueda ser efectuado por cualquier persona. En tal sentido, opinaba el Doctor Manuel Augusto Olaechea[1] lo siguiente:

(1) COMISION REFORMADORA DEL CODIGO CIVIL PERUANO de 1852. Op. cit., Fascículo V, Páginas 178 y 179.

"Establece el Anteproyecto que el pago puede verificarse por el deudor; he ahí la hipótesis normal; por un tercero, interesado o no, con el consentimiento del deudor o ignorándolo éste, y también por un tercero contra la voluntad del mismo deudor.

Naturalmente, varían los efectos del pago realizado en cada caso. En el primero, el pago extingue la obligación; en el segundo, funciona exactamente como si lo hubiera efectuado el propio deudor: si el deudor encargó al tercero que hiciese el pago en su nombre, éste se reembolsará mediante la acción que se deriva del mandato; y si el deudor no encargó al tercero que realizara el pago, el tercero será considerado como un verdadero gestor y gozará para reembolsarse de la acción de enriquecimiento indebido.

Cuando el tercero paga contra la voluntad del deudor, el Anteproyecto admite que el pago extingue la obligación, pero el tercero sólo tiene derecho en este caso para exigir del deudor aquello que se convirtió en su provecho, usando de la acción **in rem verso**. Sigue el Anteproyecto sobre este particular la solución consagrada por los Códigos español, argentino y brasileño; solución que considero de absoluta equidad. En efecto, si el pago que hizo el tercero fue útil al deudor, aunque se hubiere efectuado contra su voluntad, se enriquecería el deudor con lo ajeno si el tercero que lo hizo no pudiera cobrarle ni siquiera aquello en que le ha sido útil.

Por su parte, el acreedor, dada la objetividad de su derecho, no tiene interés para oponerse al pago que un tercero efectúa, salvo cuando se trate de obligaciones de hacer en las cuales no sea indiferente para el acreedor la calidad del ejecutor: **intuitu personae**."

Hasta aquí las palabras de Olaechea[2].

(2) Podemos mencionar también que la opinión del Doctor José León Barandiarán (LEON BARANDIARAN, José. Op. cit., Tomo II, Páginas 261 a 266.) sobre el tema bajo análisis era la siguiente:
"El pago puede ser verificado por el propio deudor o por tercero.
En principio es indiferente quién efectúe el cumplimiento. Pero hay

Resulta claro, de acuerdo con el texto del artículo 1222 del Código Civil Peruano de 1984, que tenemos tres grupos de personas que podrían efectuar el pago:

---

situaciones en que la obligación debe ejecutarse personalmente por el deudor. Que el cumplimiento sea realizado personalmente por el deudor, puede resultar de la convención o de la naturaleza de la obligación. Tratándose de ciertas relaciones jurídicas, como la locación de servicios, mandato, depósito, sociedad, en la duda debe sostenerse que la prestación tiene carácter personal. En el caso de un deber de abstención, éste sólo puede cumplirse por el propio deudor. Tratándose de las obligaciones de hacer, deberá tenerse en cuenta la disposición del artículo 1183 (se refiere en este y en los demás casos al Código de 1936), que dice: 'El hecho podrá ser ejecutado por distinta persona que el deudor, a no ser que de las circunstancias resultare que la persona del deudor fue elegida por su industria, arte o cualidades personales.'

Al referirse la ley al pago efectuado por el deudor, se refiere tanto al deudor originario como a los herederos del mismo.

El tercero puede estar interesado en el pago. Tal es el caso del coobligado, del fiador, del tercero poseedor de un inmueble hipotecado, del beneficiario con una liberalidad sub modo. Demandables los terceros en tal caso por el acreedor, 'es justo que puedan conjurar esta eventualidad, ejecutando la obligación' (Baudry-Lacantinerie y Barde).

Un tercero no interesado puede también pagar. En principio es indiferente, pues, la persona del **solvens**; la obligación se aprecia más como una relación de orden económico que como una vinculación enteramente personal. Este pago puede hacerse con el asentimiento del deudor, en la ignorancia de éste, y aun contra la voluntad del mismo.

No precisa justificar que el deudor pueda hacer el pago. 'Extinguir su deuda por el pago, es para él tanto un derecho como una obligación, y si el acreedor rehusa recibirlo sin motivos legítimos, el deudor puede conminarlo y hacerle si es preciso, ofertas reales seguidas de consignación' (Dalloz).

También se explica que un tercero que tenga interés en el pago pueda efectuarlo, por razón de dicho interés. No habría razón alguna para impedirle que resguarde dicho interés, satisfaciendo la respectiva obligación.

Si el tercero no es interesado en el pago, pero lo verifica con la aprobación expresa o tácita del deudor, o aun con ignorancia de éste, el pago no tiene por qué no ser admitido, puesto que al acreedor -salvo caso excepcional- le es indiferente la persona del **solvens**.

Y aunque dicho tercero proceda contra la voluntad del deudor, el

(1) ***El deudor***, vale decir, quien se encuentra obligado a ejecutar la prestación, en virtud de su voluntad unilateral, del contrato o de la ley.

---

pago es realizable. Esta solución viene desde el derecho romano, fue propugnada por Pothier y es respetada por casi todos los autores modernos. '¿Por qué el deudor podría oponerse al pago? Cuando él rehusa o descuida cumplir la deuda, lo menos que él pueda hacer es no impedir que sea pagada por otro' (Baudry-Lacantinerie y Barde).

Es innecesaria la anuencia del deudor. Basta, pues, como dice Carvalho de Mendonça, la coincidencia de voluntades del acreedor y del tercero.

Puede sobrevenir otra hipótesis: que el tercero quiera hacer el pago, no sólo contra la voluntad del deudor, sino también contra la del acreedor. El pago parecería que no debiese ser admisible, de considerarse que el tercero es entonces 'un perfecto extraño, al invadir jurisdicciones totalmente ajenas, y en que no se consulta el favor de ninguno de los interesados, sino el propio' (Colmo).

Este criterio, empero, es impugnable. Si no se trata de una prestación de índole netamente personal, es irrelevante quién sea el agente del pago. Lo que interesa y la ley debe prohijar, es que se dé cumplimiento normal a la obligación, con el hecho mismo del pago.

Nuestro Código, por lo demás, en el artículo 1235 sólo determina la facultad de que el pago lo verifique un tercero, aun no interesado, no condicionado el ejercicio de esa facultad a la anuencia del acreedor.

Si tanto el deudor como un tercero pueden hacer el pago, el acreedor no puede oponerse a recibirlo; y si lo hiciera, el tercero puede -como lo haría el deudor- formular la oferta de pago y verificar la consignación, cayendo en mora el acreedor.

Hecho el pago por el deudor, se extingue toda obligación del deudor. Por la regla de **accesio cedit principale**, la extinción comprende las garantías y en general todos los accesorios de la obligación.

Si un tercero interesado hace el pago, la obligación se extingue para el acreedor, que lo recibe; pero subsiste para el deudor, que queda obligado frente al tercero, por subrogación de pleno derecho, según lo dispone el inciso 2 del artículo 1269.

Si un tercero no interesado hace el pago, la obligación se extingue para el acreedor. Pero el deudor no queda eximido de toda obligación. Si el tercero hizo el pago con consentimiento del deudor (con su aprobación expresa o tácita), la obligación se mantiene para el deudor en favor del tercero, por subrogación de pleno derecho, según lo dispone el inciso 3 del artículo 1269. Además, el tercero puede ejercitar otra acción, derivada del mandato, para reintegrarse de

lo que hubiese pagado (artículo 1235, inciso 2). Las dos acciones se excluyen.

Si el tercero hizo el pago con ignorancia del deudor, la obligación se extingue para el acreedor. Y se extingue también para el deudor, pues el tercero no se subroga al acreedor contra el deudor. En efecto, el inciso 3 del artículo 1269 no le comprende, desde que sólo habla del tercero que paga con aprobación expresa o tácita del deudor; además de que existe la circunstancia de que el legislador tuvo presente el artículo 768 del Código argentino, cuyo inciso 3 comprende expresamente el caso como causante de una subrogación de pleno derecho, pues en ésta se dice que la subrogación tiene lugar a favor 'del tercero no interesado que hace el pago, consistiéndolo tácita o expresamente el deudor, o ignorándolo.' El artículo 1269 del Código nacional ha excluido el caso último, en que el deudor ignore el pago. No hay, pues, subrogación; pero el tercero puede exigir del deudor el reembolso de lo pagado, por acción de gestión de negocios, según lo prescribe el apartado 2 del artículo 1235.

Si el tercero hizo el pago contra la voluntad expresa del deudor, la obligación se extingue para el acreedor. Y se extingue también para el deudor, desde que el tercero no se subroga en el derecho del acreedor, según el inciso 3 del artículo 1269, que no indica tal caso de subrogación legal. El tercero, en tal supuesto, no tiene tampoco acción derivada de mandato o de la gestión de negocios, desde que ha procedido contra la voluntad del deudor; y únicamente le queda el ejercicio de la **actio in rem verso**, para cobrar del deudor el monto de lo que del pago le hubiera sido útil (apartado 3 del artículo 1235).

La disposición a que está dedicada la última parte del artículo 1235, se inspira en el artículo 728, apartado 2, del Código argentino. Con referencia a él escribe Salvat lo siguiente:

'¿Tiene el tercero que paga contra la voluntad del deudor algún recurso contra éste?

En el derecho romano la cuestión no había sido expresamente resuelta. Maynz, fundándose en que las liberaciones no se presumen, enseña que puede haber lugar a la **actio de in rem verso**. Pero la generalidad de los romanistas niegan al tercero todo recurso contra el deudor, a menos que el acreedor le haya cedido voluntariamente sus acciones. Esta última doctrina era también la seguida en la antigua legislación española. En el derecho francés la cuestión no ha sido expresamente resuelta. Pero salvo disidencias aisladas, ha prevalecido la doctrina que el tercero que paga contra la voluntad del deudor, tiene contra éste una acción de **in rem verso**, al efecto de hacerse reintegrar el monto de lo que el pago le haya sido útil. Se invoca, por una parte, el principio que las donaciones no se presumen y, por otra, que nadie debe enriquecerse con perjuicio ajeno. Nuestro Código Civil, después de establecer el principio que el pago puede ser hecho por un tercero contra la voluntad del deudor, agre-

Como dice el tratadista español Manuel Albaladejo[3], en principio, debe pagar el deudor, por sí o ejecutando la prestación mediante otra persona (que obre en su nombre -representante- o simplemente por su cuenta -el operario del contratista realiza el

ga: El que así lo hubiese verificado tendrá sólo derecho a cobrar del deudor aquello en que le hubiese sido útil el pago (artículo 728, segunda parte). Como se ve, adhiriendo a la doctrina de Maynz y de la generalidad de los jurisconsultos franceses, que nos parece la más justa, el Código acuerda al tercero una acción de **in rem verso**; sólo puede cobrar del deudor aquello en que le hubiese sido útil el pago; por ejemplo: si la obligación se encuentra parcialmente extinguida y el tercero paga íntegramente, sólo puede cobrar el deudor el valor de la parte no extinguida. Dentro de estos límites, la doctrina de nuestra ley se funda en las razones antes enunciadas: 1) No debe suponerse, en principio, que el tercero que ha pagado contra la voluntad del deudor haya querido hacer un pago de liberalidad (artículo 1818). 2) Apartada la hipótesis de la donación, si el deudor no estuviera obligado a reintegrar al tercero el valor de lo que el pago le hubiese sido útil, se enriquecería con perjuicio de éste; obligado en esos límites, en cambio, ningún perjuicio experimenta, puesto que él podrá siempre invocar contra el tercero las defensas que tenía contra el primitivo acreedor.'

El tercero podrá, pues, tener un derecho de repetición pleno o parcial, según que el beneficio del deudor haya sido total o no. Si lo que el tercero pagó es lo debido por el deudor, sucede lo primero. Pero en otro caso, si lo pagado excede lo debido, como por ejemplo si se pagó antes del vencimiento de la obligación; si lo prestado excede del monto de la prestación principal; si se pagaron intereses no convenidos o ya satisfechos o aún no exigibles; entonces la repetición se limita al beneficio que efectivamente obtuvo el deudor. Si, en general, se pagó lo indebido, porque la obligación era nula o estaba prescrita o porque el deudor podía compensarla con crédito exigible contra su acreedor, entonces el **solvens** carece de acción de repetición contra el deudor. Pero en esta última hipótesis sería arbitrario que se pudiese accionar contra el acreedor, por la **conditio indebiti**.

Para que funcione lo ordenado en la tercera parte del artículo 1235, es necesario, aunque ello parezca superabundante advertirlo, que la prestación se haya efectuado no **animus donandi**, pues entonces faltaría uno de los requisitos del pago, y no cabe consentir, consecuentemente, en recurso alguno contra el deudor.

El tercero deberá demostrar tanto el hecho del pago, como la utilidad sobrevenida al deudor."

(3) ALBALADEJO, Manuel. Op. cit., Volumen II, Tomo II, Páginas 136 y 137.

trabajo que éste prometió-); pero puede pagar un tercero cualquiera, habiéndose de realizar exactamente la prestación debida, mas cuando se tuvo en cuenta la persona que habría de ejecutarla, sólo ella puede realizarla.

Albaladejo cita, como ejemplo, el que se hubiera contratado con un pintor famoso que nos hiciera un retrato, entonces dicho artista no puede mandar a un tercero para que lo pinte. En este caso, ha de pagar el deudor en persona; pero, en otros casos el acto personalísimo no es del deudor, como por ejemplo, el espectador que saca entrada para oír a un cantante famoso, contrata con la empresa teatral, que es la deudora frente a él, y que ha de ofrecerle precisamente la actuación de ese cantante; pero lo personalísimo es esa actuación, la prestación del deudor -consistente en proporcionarla- puede realizarla cualquiera, aunque no sea la empresa teatral.

(2) ***Un tercero*** **(persona distinta del deudor)** ***que tenga interés en el cumplimiento de la prestación.***

Debemos destacar que este tercero podría estar actuando o en nombre propio o en nombre del deudor.

En relación al tema de los terceros interesados, opina Luis María Boffi Boggero[4] que ofrece dificultad en la doctrina el precisar qué es un tercero interesado. En Argentina subsiste esa situación porque el Código no los define.

Para una corriente -dice Boffi Boggero-, es tercero interesado el que se beneficia lícitamente con el pago. Para otra es el que está obligado a cumplir la obligación. Para otra es el que se puede perjudicar si no se paga. Para otra todavía, es el que puede perjudicarse si el acreedor ejecuta determinado bien del deudor. Otros autores se limitan a mostrar casos de terceros interesados.

(4) BOFFI BOGGERO, Luis María. Op. cit., Tomo IV, Páginas 37 y siguientes.

Estima Boffi Boggero que es tercero interesado quien tiene un interés lícito en el cumplimiento de la obligación, sea éste formalizado por el deudor o no, pues con ello impide: o que le alcancen las acciones originadas en la situación contraria o, cuando no, que sólo afecten a la situación del deudor o acreedor, fuere en la faz ética o material. En cuanto al tercero no interesado, su concepto surge por exclusión de aquel del tercero interesado.

Agrega el citado tratadista argentino que tampoco se han expresado con claridad los fundamentos en virtud de los cuales un tercero interesado puede pagar, pues una doctrina lo funda en el beneficio del deudor, que de ese modo queda liberado frente al acreedor; otra dice que el interés radica en lo que se paga y no en la persona que lo hace; otra pone énfasis en la conveniencia de ese tercero; mientras que para otra, aun, la razón se encontraría en el interés social de que las obligaciones se cumplan. Boffi Boggero, en criterio que compartimos, piensa que la ley se ha fundado en múltiples razones afines: interés del acreedor en recibir su prestación; interés del tercero en no ser perjudicado por la ausencia de pago, o en que no se perjudique al deudor o acreedor; interés del deudor en liberarse frente al acreedor, todo lo cual constituye la armonía de la vida obligacional, ya que ésta presupone normalmente un desarrollo que culmina con el cumplimiento; no es necesario, por consiguiente, apelar al interés social o al "abuso del derecho", conceptos que no siempre aparecen con nitidez, y solamente se les debe utilizar en situaciones que no hallan más concreta explicación.

En adición a lo señalado, Boffi Boggero expresa que los requisitos del pago por tercero son sustancialmente los mismos que corresponden al pago en los casos que sea acto jurídico.

Llambías[5] opina que al no definir ni aclarar los Códigos Civiles la noción de tercero interesado, este cometido ha quedado a cargo de la doctrina de los autores, que han formulado distintas opiniones.

(5) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo II - B, Páginas 123 y siguientes.

Refiere Llambías que antiguamente se decía que tercero interesado en el cumplimiento de la deuda era quien no siendo deudor podía ser requerido por el acreedor para el pago, situación en la que se encontraban el fiador y el tercero poseedor de un inmueble hipotecado. Este concepto, restringido, no convence, porque encierra una contradicción interna: si no es deudor ese titulado tercero, no se ve cómo puede tener contra él una pretensión de cobro el acreedor, pues sería admitir un crédito sin deuda correlativa, lo que es un absurdo jurídico. Acá la confusión reside -según Llambías-, en que se denomina "tercero" a quien es deudor, como el fiador, que es un deudor subsidiario o condicional -supeditado al hecho futuro e incierto de que no pague el deudor principal- pero, deudor al fin. Y en cuanto al poseedor del inmueble, que no es deudor si no ha asumido la deuda hipotecaria, tampoco tiene el acreedor acción de cobro contra él: lo que tiene es el "**jus persequendi**", como titular del derecho real de hipoteca, que lo faculta "**erga omnes**" a perseguir el inmueble en manos de cualquier tercero, para ejecutarlo y cobrarse con el producto de dicho inmueble.

Enseña el citado tratadista que un concepto ya más amplio y coherente, brinda el artículo 268 del Código Alemán, para el cual sería tercero interesado quien corre el peligro de perder un derecho si el acreedor ejecuta un bien determinado del deudor. Es un concepto que apunta a la nota típica del tercero interesado, es decir, el perjuicio eventual que él pueda experimentar por la ausencia de pago; pero en la definición de esa fórmula legal, parece que el perjuicio se relaciona necesariamente con la ejecución de una cosa determinada del deudor, lo que en teoría no ha de requerirse como un presupuesto necesario, pues basta la existencia de ese posible perjuicio aunque no se relacione con una cosa determinada del deudor.

Recuerda también que para Lafaille, "terceros interesados son aquellos que obtienen algún beneficio lícito como consecuencia del pago"; es ésta, a entender de Llambías, una noción que resulta excesivamente vaga, al poner el acento en el "beneficio lícito" que puede ser de cualquier índole, directo o indirecto, patri-

monial o moral, etc., y no en la "lesión" de un derecho por falta de pago, como corresponde.

Señala el citado profesor que la mayoría de los autores argentinos no se detienen a averiguar la esencia de este concepto, limitándose algunos a indicar un criterio casuista, que es insuficiente porque se limita a enunciar a quiénes corresponde una calificación, sin indagar cuál es la razón de ello, que es lo fundamental.

Compartimos, pues, el criterio de Llambías, quien piensa que es tercero interesado quien no siendo deudor, puede sufrir un menoscabo en un derecho propio si no se paga la deuda; habiendo en esta definición dos notas características: (1) la calidad de tercero, o sea persona ajena a la relación jurídica pendiente entre acreedor y deudor; (2) la contingencia del perjuicio propio, a causa de la falta de cumplimiento de una deuda ajena.

A decir de Llambías, de lo expuesto podría decirse que constituyen ejemplos de terceros interesados, los que se mencionan a continuación:

(a) **Tercero poseedor de inmueble hipotecado.**

Es típicamente un tercero interesado. No es deudor, según se ha visto, pero puede perder la posesión de la cosa si no se paga el crédito al acreedor, quien entonces puede hacer efectiva su garantía, ejecutando el inmueble.

(b) **Garante real.**

Es quien ha constituido una prenda o hipoteca sobre un bien propio en seguridad de una deuda ajena. Se encuentra en la misma situación del anterior tercero.

(c) Adquirente de un bien que fuera donado con cargo.

Se sabe que el cargo es una obligación accesoria anexa a la adquisición de un derecho. Ahora bien, si la enajenación es gratuita, el incumplimiento del cargo puede originar la revocación de la donación y la consiguiente aniquilación de los derechos constituidos por el donatario sobre la cosa donada. De ahí que el sucesor particular de ese donatario, que no es deudor del cargo, tenga interés en cumplirlo, para evitar la pérdida de su dominio actual sobre el bien recibido. Igualmente, un acreedor del donatario está interesado en mantener el bien en el patrimonio de su deudor, para cobrarse con él, lo cual puede serle útil si la erogación correspondiente al cargo es menor al valor del bien donado.

(d) Otro acreedor del mismo deudor.

Señala Llambías que la ley acuerda subrogación legal a un acreedor que paga a otro acreedor que le es preferente. Como de ese modo preserva la subsistencia en el patrimonio del deudor de un bien expuesto a la ejecución de otro acreedor intemperante, no es dudoso que se trata de un tercero interesado, cualquiera sea la calidad de su propio crédito, quirografario o privilegiado.

(e) Delegado para el pago de la deuda.

Es -según Llambías- el que ha convenido con el deudor encargarse del pago, en lugar suyo. Como el acreedor es ajeno a ese convenio, no lo afecta y mantiene intacta su acción de cobro contra el deudor. Por ello, el delegado de la deuda es un tercero, que sin embargo puede ser obligado a satisfacer los daños y perjuicios del deudor, si no cumple el compromiso asumido con éste de pagar su deuda. De ahí que sea un tercero interesado en el cumplimiento de la obligación, para eximirse de la responsabilidad que podría alcanzarle frente al deudor.

(f) Otros supuestos.

Precisa Llambías que al enunciar Segovia quiénes son terceros interesados en deducir la nulidad absoluta de un acto jurídico, para lo cual los autoriza la ley, menciona -fuera de los ya nombrados-, entre otros, al poseedor o coposeedor, al condómino, al socio, al cónyuge, al legatario o colegatario, y al garante real de la cláusula penal. Todos ellos son también terceros interesados en el cumplimiento de una obligación ajena, si a falta de ello pueden sufrir perjuicio.

(g) El fiador.

Llambías sostiene que el fiador no es un tercero, porque considera que el fiador es frente al acreedor un deudor condicional, subordinado al hecho de que no pague espontáneamente el deudor. Considera que tampoco lo son los codeudores solidarios o indivisibles, porque ellos al satisfacer la totalidad de la prestación debida se limitan a actuar conforme a la exigencia de conducta que les impone la obligación solidaria o indivisible. Distinto es el caso de los deudores de una obligación divisible, quienes están precisados a solventar sólo la parte que les corresponde, y actúan como terceros con respecto al pago en exceso de su cuota.

Podría sostenerse que un fiador solidario, que estuviese garantizando el cumplimiento de la prestación de un determinado deudor, sí sería un tercero interesado. Si el deudor no pudiese cumplir o hubiese ya incumplido con la ejecución de la prestación debida, su fiador tendría interés directo en la ejecución de la prestación (en razón de los severos efectos que implica la solidaridad pasiva); por tal razón, a dicho deudor le convendría ejecutar la prestación debida por el deudor, y luego subrogarse contra este último a efectos de que le restituya aquello que pagó.

Sin embargo, aclaramos que existen dudas legítimas respecto a si un fiador podría ser considerado como un "tercero interesado", ya que el fiador es un obligado y, si es solidario, el acreedor

puede actuar directamente contra él, sin el beneficio de la excusión de los bienes del deudor.

Otros supuestos de terceros interesados serían los casos de aquel que adquiere una cosa con cargo, el que posee una cosa gravada anteriormente, etc.

(3) ***Un tercero que tenga interés indirecto en el cumplimiento de la prestación o que carezca de interés.***

A decir de Ernesto Clemente Wayar[6], hay acuerdo en que el concepto de tercero no interesado se lo obtiene por exclusión, siendo tal quien no es parte ni tercero interesado. A diferencia del interesado, al no interesado el pago de la obligación debe serle patrimonialmente irrelevante. Si ese pago lo beneficiara o perjudicara, es decir, si tuviera alguna influencia sobre su patrimonio, él pertenecería a la categoría de tercero interesado; para ser "no interesado" hay que hallarse fuera del alcance de los efectos jurídicos de la obligación. Así, v. gr., Juan le vende una casa a Pedro, constituyendo una hipoteca para garantizar el pago del precio; Juan -acreedor- y Pedro -deudor- son las partes de una obligación contraída con anterioridad; a Pablo le interesa que el inmueble quede definitivamente en el patrimonio de Pedro, para lo cual le conviene pagarle a Juan. Por último, Diego, que es amigo con Juan. Pablo y Diego son terceros; pero en tanto que el primero es interesado, el segundo carece de interés. Por cierto -anota Wayar-, se trata de intereses patrimoniales, no de intereses afectivos o basados en sentimientos de amistad.

Por nuestra parte, manifestamos que el interés indirecto es entendido como aquel que no tiene relevancia para el Derecho, pero puede tenerlo en razón de consideraciones extrajurídicas. Definitivamente, al tercero que tiene solamente un interés indirecto, no le ocasionará ningún perjuicio patrimonial el incumplimiento

(6) WAYAR, Ernesto Clemente. Op. cit., Tomo I, Páginas 314 y 315.

de la obligación por el deudor; pero, en razón de otras consideraciones, pagará en su nombre.

Este podría ser el caso de un padre que, ante la desesperación de su hijo por no poder pagar una obligación dineraria que se había comprometido a ejecutar y cuyo incumplimiento ocasionará al deudor la pérdida (a través de la ejecución de una hipoteca) de la casa de su familia, pague la deuda, evitando de esta forma las consecuencias gravosas que se producirían de no efectuarse el pago debido por su hijo.

Podríamos estar en presencia, incluso, de un interés económico indirecto, porque ese hijo, despojado de su casa-habitación, tendría que ir -casi inevitablemente- a vivir con el padre, con todos los gastos que tal hecho importaría para este último. Además, habría un indudable interés ético del padre, y el Derecho protege, sin duda, los intereses éticos.

También consideramos que el pago lo puede hacer un tercero sin interés directo ni indirecto. Reconocemos que ello es improbable, pero la ley así lo permite.

Podría tratarse de una persona que desea evitar el remate de la casa-habitación de un amigo suyo. Aquí podríamos hablar de un interés indirecto muy relativo, y bastante distinto, por cierto, al caso del padre con el que ilustramos el supuesto anterior.

Pero también podría pagar una persona que carezca en lo absoluto de interés -supuesto poco probable, pero no imposible- y en este caso el pago sería válido.

En este tercer supuesto, quien paga podrá actuar o en nombre propio o en nombre del deudor.

En cualquiera de los supuestos mencionados se considerará que el pago efectuado es válido, y en ninguna de dichas hipótesis el deudor incumpliente podría oponerse legítimamente al pago efectuado por cualquiera de los terceros mencionados, tengan o no interés directo o indirecto en la ejecución de la prestación.

Enseña Busso[7] que la liquidación de la relación entre acreedor y deudor no impide que el pago al mismo tiempo de lugar al nacimiento de nuevas relaciones con otros sujetos, e inclusive a que sobrevivan en ellas los elementos objetivos del crédito liquidado. Esto ocurre en los casos de pago a un acreedor aparente (en los que se crea una relación entre ese acreedor y el acreedor verdadero) o en los supuestos de pago hecho por un tercero con subrogación (se inviste ese tercero del crédito del primitivo acreedor). Pero aun en estos casos el pago cumple su función extintiva: las nuevas relaciones que nacen, aun cuando en ellas subsistan elementos objetivos que integraban la relación anterior (como en la subrogación), son distintas de esas relaciones anteriores que han quedado liquidadas; el deudor puede quedar obligado hacia el acreedor subrogado, pero su relación con el acreedor primitivo habrá desaparecido.

Agrega el citado profesor argentino[8] que, por principio, no es necesario ser deudor ni estar interesado en la obligación para tener el poder jurídico de extinguirla. Los terceros tienen un verdadero "derecho" a pagar, aunque no tengan la obligación de pagar.

Señala Busso que, siendo la obligación un vínculo entre acreedor y deudor, parece a primera vista poco lógico que la ley permita a un tercero inmiscuirse en esa relación por la vía del pago. Para explicar esa aparente anomalía se han dado diversas explicaciones.

La obligación -se dice, según Busso- debe ser considerada primordialmente en su objeto, siendo en cierto modo secundaria la individualidad de los sujetos. Esta concepción moderna ha venido a sustituir la tesis romana del vínculo personalísimo y se ajusta más a la realidad, pues en la mayoría de los casos al acreedor le es indiferente la persona de quien le paga: lo que le importa es que se le pague.

---

(7) BUSSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo V, Página 291.
(8) BUSSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo V, Páginas 364 y siguientes.

Se añade -a decir de Busso- otro argumento: la ley permite el pago del tercero para favorecer a los deudores, con relación a los cuales el vínculo representa una traba o restricción. Pero este argumento no es satisfactorio, pues no explica cómo en ciertos casos la ley llega a permitir que el tercero pague contra la voluntad del deudor. Si sólo se tratara del beneficio de este último, no cabría imponerle la recepción de la ventaja aun contra su voluntad.

Expresa el citado profesor argentino que, en realidad, la ley protege directamente el interés del tercero, y la necesidad de esa protección puede considerarse perfectamente fundada. En efecto -dice-, una persona puede tener legítimo interés en proteger el patrimonio de su deudor, porque en esa forma protege los bienes que son garantía de sus propios derechos. En tal forma, a un acreedor determinado puede convenirle pagar -como tercero- obligaciones que su deudor tenga con relación a otros acreedores, para evitar que la ejecución de estos últimos implique un perjuicio al patrimonio que es garantía común de todos. A dicho acreedor, que es un tercero con relación a las obligaciones que paga, la ley le da esa arma que podrá usar aun en contra de la voluntad del propio deudor.

Anota que es de regla que un acreedor puede ejercer todos los derechos de su deudor con excepción de los que sean inherentes a la persona, de modo tal que el acreedor que paga por cuenta de su deudor, ejerce el derecho "a obtener liberación" que compete a ese deudor.

Precisa Busso que la justificación precedente es válida, siempre que el tercero que paga sea acreedor de la persona por cuya cuenta paga. Pero observa que los artículos del Código Civil Argentino, que comenta, asignan el "derecho de pagar" a cualquier tercero. La ley, buscando facilitar los pagos, no exige ninguna prueba del interés que el tercero tenga. Y esto es lógico, pues la mejor prueba está en el hecho de que el tercero se ofrezca a pagar la deuda.

Por último, sostiene Busso que de lo dicho surge que el de-

recho a pagar que se reconoce a los terceros puede ser en favor de ellos una defensa práctica para la mejor salvaguarda de sus propios derechos; sin embargo, señala que algunos autores, entre los que menciona a Segovia, encarando las cosas bajo otro aspecto, encuentran que el derecho de los terceros a pagar constituye una interferencia poco justificada, que puede dar lugar a engorrosas situaciones.

Justamente sobre la última objeción anotada por Busso, Salvat[9] expresa que podría decirse que al acordarles este derecho, la ley permite a los terceros no interesados intervenir en asuntos ajenos. Pero el legislador ha tenido en cuenta dos circunstancias, aparentemente más decisivas que esa otra consideración: (1) en la mayor parte de los casos es indiferente para el acreedor que el pago sea hecho por el mismo deudor o por un tercero; (2) frecuentemente el deudor tiene interés en que el pago sea efectuado por un tercero.

Existe asimismo -a entender de Salvat-, un justificado interés, que el legislador ha recogido, de que las obligaciones contraídas se cumplan. Resulta preferente la atención de este interés, que la estrictez formal de que sólo extinga la obligación el deudor que la contrajo.

Agrega el citado profesor argentino que el concepto de tercero no interesado no significa que aquel que cumple la deuda de otro no tenga realmente ninguna clase de interés en hacer el pago. De ser así, es muy difícil que algún tercero pagara. Salvat se refiere a la falta de interés vinculado directamente con la obligación que cumple.

Señala Lafaille[10], por su parte, que a medida que alcanzó a predominar la prestación respecto del vínculo, admitióse la posibilidad de que alguien, absolutamente desinteresado en la formación de aquél, pudiera cumplir lo convenido o lo impuesto por la ley.

(9) SALVAT, Raymundo M. Op. cit., Tomo II, Páginas 200 y siguientes.
(10) LAFAILLE, Héctor. Op. cit., Tomo IV, Páginas 302 y siguientes.

Anota que pueden presentarse en torno de este problema, cinco situaciones distintas, a saber: (a) Que este pago sea con noticia del obligado; (b) Que dicha persona lo ignore; (c) Que se proceda contra su voluntad; (d) Que el acreedor no estuviere conforme; (e) Que ambas partes lo rehusaren.

Con relación al pago conocido por el deudor, el pagador actúa como un mandatario, calidad que le habría sido conferida en casi todos los supuestos de una manera tácita.

En lo referente al pago que ignora el obligado, considera que en tal caso no existiría mandato, y sí, a lo sumo, gestión de negocios.

En lo relativo al pago contra la voluntad del deudor, Lafaille indica que esta situación es mucho más grave, pues no podría siquiera plantearse dentro de un régimen estricto basado en la personalidad del vínculo, y a primera vista se diría que tal resistencia se presenta como legítima en más de un supuesto. Con todo -dice-, no sería justo que el obligado lograse de esta manera un enriquecimiento, y dicha consideración primó desde muy antiguo. De esta suerte, y limitado el derecho del pagador, queda excluida la posibilidad de que su injerencia responda al propósito de obtener un lucro personal. A dichas razones, cree Lafaille que cabe añadir otras de interés común: el beneficio colectivo de extinguir las deudas y facilitar la circulación de los valores.

Ahora bien, al tratar del pago efectuado, no obstante la negativa del acreedor, señala que la conformidad del titular de la obligación es, en principio, superflua, pues la ley le impone el deber de admitir esta intromisión, con su efecto extintivo, cuando ordena que el acreedor está obligado a aceptar el pago hecho por un tercero, ya pagando a nombre propio, ya a nombre del deudor.

Pero considera Lafaille que caben excepciones, pues si en las obligaciones de dar la persona del pagador carece corrientemente de importancia, puede sostenerse que en las de hacer el principio se invierte: si la obligación fuere de hacer, el acreedor no está obligado a recibir el pago por la prestación del hecho o servi-

cio de un tercero, si hubiese interés en que sea ejecutado por el mismo deudor, pues con esta norma la prueba incumbe al acreedor, quien debe justificar el motivo de su oposición y el consiguiente interés jurídico. En cuanto a si el precepto se extiende a otras prestaciones, se inclina a sostenerlo, sin que la letra de la ley se oponga a ello, pues no debe juzgársela como excluyente, revistiendo un carácter ejemplificativo.

Y, por último, en lo referente al pago verificado a pesar de ambas partes, considera Lafaille -en criterio que compartimos- que si los dos interesados en la obligación estuviesen de acuerdo para rehusar el pago, nada determina el Código; pero es justo impedir entonces que un extraño lo verifique. No habría en tal hipótesis argumento alguno para una intromisión semejante, que sería del todo arbitraria. Sin perjuicio de los motivos legítimos que pudieran fundar la actitud de las partes, ellas estarían siempre facultadas para celebrar convenciones liberatorias o que modificasen la obligación; o bien sería lícito al titular del crédito conceder esperas o facilidades para extinguirla.

El pago por parte de un tercero no interesado ha dado lugar a interpretaciones muy variadas en la doctrina de nuestra tradición jurídica. A continuación, algunas representativas:

(A) ***Posición de C. Demolombe.***

Demolombe[11] se refiere a este supuesto señalando lo siguiente:

"Es el caso en el que el tercero no interesado llega a pagar, no en nombre del deudor, sino a nombre propio.

Hay que reconocer que el caso es en primer lugar singular.

¡Quiero pagar a mi nombre la deuda que usted tiene!

(11) DEMOLOMBE, C. Op. cit., Tomo XXVII, Páginas 57 y siguientes.

¡Y por qué no entonces a nombre suyo, deudor, si la deuda es suya!

Del mismo modo, Pothier no parece haber previsto este caso si admite que otra persona ajena puede realizar el pago, es decir, con tal que ese tercero obre en nombre del deudor y con el fin de liberarlo.

Y añade:
'...Si no se hizo el pago en nombre del verdadero deudor, éste no sería válido...'.

Como quiera que fuese, siempre es indispensable que el pago lo haga un tercero, y que sea hecho para liberar al deudor.

Porque si el tercero pagaba en nombre propio la deuda de otro creyendo que esta deuda era suya (la del tercero), este pago no sería válido y no extinguiría la deuda del verdadero deudor.

¡Y entonces! Entonces este tercero pagará en su nombre a Paul la deuda que tenía Pierre con Paul.

¿Por qué hacer este pago en nombre del deudor?

Quizá con el fin de comprobar que él quiere hacer un adelanto y para asegurarse a lo mejor la repetición."[12]

(12) Pero Demolombe (DEMOLOMBE, C. Op. cit., Páginas 58 a 65.) agrega lo siguiente:
"Sin embargo, al autorizar el legislador al tercero a pagar en su nombre le puso una condición:
'...Con tal que, dice el artículo 1236 (del Código Napoléon), no se haya subrogado en los derechos del acreedor.'
¡Fórmula enigmática que dio mucho trabajo a los intérpretes!
Para entenderla en el sentido que presenta gramaticalmente, a primera vista se llegaría a una conclusión ¡inadmisible desde todo punto de vista!
Lo que se entendería es que el tercero que paga la deuda en su nombre no podría subrogarse en los derechos del acreedor; en una palabra, consiste que la subrogación en los derechos del acreedor sería incompatible con el pago hecho por un tercero, en su nombre.

Por el contrario, basándonos en los textos de nuestro Código (el Código Civil Francés), como en los principios, el tercero que paga la deuda de otro, de alguna manera, puede efectivamente subrogarse en los derechos del acreedor.
Por los mismos términos del artículo 1249 (del Código Civil Francés), la subrogación en los derechos del acreedor es convencional o legal en beneficio de una tercera persona que paga la deuda.
Y por los términos del artículo 1250, la subrogación convencional puede producirse tanto por un acuerdo entre el tercero que paga y el acreedor, como por un acuerdo entre el tercero y el deudor:
'Cuando el acreedor, al recibir su pago por una tercera persona, la subroga en sus derechos, acciones, privilegios o hipotecas contra el deudor...'
Entonces el pago hecho por un tercero con el fin de liberar al deudor, sea en nombre del deudor o sea en su propio nombre (el artículo 1250 no hace ninguna distinción), puede hacerse con subrogación.
Entonces, pagando el tercero mismo en su nombre, puede ser subrogado por el acreedor.
En beneficio del tercero, el acreedor podría aceptar la venta de su crédito que en pleno derecho comprende todas las garantías que le son incluidas (artículos 1692 y 2112).
Con mayor razón aún puede recibir el pago de un tercero aceptando su subrogación.
Entonces no se podrá dar tal acepción a esta fórmula del artículo 1236 sin ponerla en contradicción con el artículo 1250.
Además añadimos que más allá de ser incompatible con el pago, la subrogación, por el contrario, está subordinada al pago, así como el efecto a la causa.
Pero, entonces, ¿qué significan estas palabras del artículo 1236?
Se han dado dos interpretaciones.
¡Y cosa notable! Cada una de ellas pretende encontrar su base en los trabajos preparatorios del Código.
Una se acoge a la opinión expresada por Bigot-Préameneu.
La otra se acoge a la opinión expresada por Jaubert.
En la Exposición de Motivos, Bigot-Préameneu dijo:
'Un tercero puede liberar la obligación, no teniendo ningún interés en ella, puesto que él obra en nombre y por la liberación del deudor. Si, obrando en su propio nombre, él se subroga en los derechos del acreedor, ya no es un pago; es un traslado de la obligación.' (Locré. Legislación Civil, Tomo XII, Página 365.)
De este punto proviene la primera interpretación, según la cual estas palabras del artículo 1236 sólo tendrían por objetivo determinar con anticipación el carácter de la subrogación:
'El pago no sería ni extintivo ni liberatorio, dice Larombiére, si el tercero, pagando en su nombre, se hiciera subrogar en los derechos del acreedor. El deudor cambiaría de acreedor pero seguiría estando en la relación de la obligación primitiva. La ley no quiere decir otra cosa puesto que dispone que si el tercero paga en su nombre no debe subrogarse en los derechos del acreedor.' (Tomo II, artículo 1236, Nº8; comp. Toullier, Tomo III, Nº 9; Duranton, Tomo XII, Nº 15; Zachariae, Aubry y Rau, Tomo II, Página 501; Marcadé, artículo 1236, Nº 2).

Sin embargo no nos parece que esta explicación sea satisfactoria.
Esta declaración anticipada sería un entremés en el artículo; no se trata aquí de la subrogación ni de su carácter; el legislador sólo debe ocuparse de esto en otro párrafo; y es poco probable que él haya pensado poner en una duda netamente teórica este punto.
No creemos esto, menos por cuanto esta calificación prematura del carácter científico de la subrogación sería inexacta, a nuestro parecer. Es una observación que ya hemos hecho (...), y cuya verdad demostrará, más bien, que la idea del pago es perfectamente conciliable con la idea de subrogación; a tal punto que la subrogación sólo surgiría del pago.
La prueba de esto está ante nuestros ojos, en el mismo artículo 1236.
Este artículo dispone que el pago puede hacerse por un tercero interesado en el pago de la deuda, pudiendo ser un coobligado o un fiador.
Además, el coobligado o el fiador está subrogado legalmente en los derechos del acreedor; y, por supuesto, sea esto por la manera en que pague: ya sea a nombre del deudor, o en su nombre propio, como lo puede hacer o como lo hace siempre (artículo 1251, 3).
Entonces el pago que hace un tercero en su nombre no es por eso menos pago; aun cuando el que paga está subrogado en los derechos del acreedor.
A nuestro parecer Jaubert reveló mejor el sentido que se debió agregar en este punto.
'Pero en este caso, decía él, el tercero no puede forzar al acreedor a ponerlo en su lugar y ubicación con respecto a los privilegios, hipotecas y la coacción física. La ley no quiere contra la voluntad del acreedor que venga un tercero a interponerse para adquirir el derecho de subrogar al deudor; entonces el tercero sólo adquiere una acción simple contra el deudor, que está totalmente liberado de la obligación primitiva.' (Locré. Legislación Civil, Tomo XII, Páginas 460 a 462.).
Según nosotros, tenemos aquí la verdadera explicación de nuestro texto.
Explicado de este modo, lo que dice Jaubert es muy sencillo.
Lo que él se limita a decir es que el tercero, que tiene el derecho de pagar al acreedor y como consecuencia forzarlo a recibir, al mismo tiempo no tiene el derecho de forzar al acreedor a subrogarlo en sus derechos:
(1) Esta interpretación tiene en primer lugar la ventaja que más

allá de ser un entremés, entra en el pensamiento dominante que inspiró al legislador en el artículo 1236 y en el orden de ideas en que se ubicó.

¿Cuál es el objetivo del artículo 1236?

Es decidir el punto de saber en qué casos puede pagar un tercero, es decir como hemos tenido cuidado al explicar primero en qué casos puede un tercero forzar al acreedor a recibir; además, es perfectamente lógico decidir que el tercero que puede forzar al acreedor a recibir, no puede forzar al acreedor a subrogarle en sus derechos.

(2) Añadimos que la disposición, así entendida, está muy conforme con los principios.

El principio general es que el pago realizado por la persona que sea, por el deudor o por un tercero, tratándose ya a nombre del deudor o en su propio nombre, extingue la deuda, y con la deuda todos estos accesorios, privilegios, hipotecas, prendas o fianzas.

Si es un tercero el que pagó, el crédito en recurso que surge a su beneficio de este mismo pago es un crédito nuevo, distinto del crédito anterior y que tiene como causa, según el caso, el mandato, la fianza, la administración de negocios.

Crédito sencillo, dice Jaubert, y que no está garantizado por ninguna de estas seguridades que garantizaban el crédito extinguido y que se extinguen con él.

Es cierto que la subrogación aporta a este principio una excepción notable.

Además, no nos encontramos en ningún caso de subrogación legal, puesto que se trata de un tercero que acaba de pagar sin ningún interés para sí (artículo 1251).

Por otra parte, tampoco nos encontramos en ningún caso de subrogación convencional, puesto que esta subrogación sólo se puede producir por el acuerdo del tercero que paga, ya sea con el deudor o con el acreedor (artículo 1251), y por el contrario, suponemos la abstención del deudor y la resistencia del acreedor.

Entonces, ¿no es posible que estos derechos, y los privilegios, hipotecas y fianzas no pertenezcan al acreedor? ¿Es que los bienes no forman parte de su patrimonio?

¡De seguro que sí!

¡Entonces, cómo podría querer este tercero despojarlo de esto, expropiárselo aun contra su voluntad!

"Id quiod nostrum est, sine facto nostro ad alium transferri non potest!" (L. 2, de Regul, Juris.)

¡Págueme! ¡Así extinguiría totalmente el crédito. Pero no pretenda compelerme a cederle los derechos que me pertenecen, es decir, a imponerme un convenio al que no quiero consentir!

¡Con un sistema como éste nos veremos comprometidos en un engranaje sin fin de subrogaciones sucesivas!

¿Dónde estaría entonces el obstáculo que yo deba vencer el día de mañana o incluso sólo una hora después del pago con subrogación

cuando usted me habrá forzado a recibir su pago con subrogación? ¿No me convertiría en un tercero después del pago que usted me habrá hecho?

Por el mismo motivo usted mismo podría volver a convertirse en un tercero después del pago que le habría hecho, volver a iniciar la misma maniobra contra mí.

¡He aquí el lugar a donde conduciría el derecho para un tercero, a obtener la subrogación contra la voluntad del acreedor! Todo en una serie de subrogaciones que se suceden alternativamente sin salida (...).

Esta demostración nos parece perentoria.

Es evidente que ésta comprende todos los casos en los que un tercero sin interés paga la deuda de otro; no solamente el caso en el que paga a su nombre, sino también el caso en el que paga a nombre del deudor.

Pero, entonces, ¿por qué el artículo 1236 no aplica estas palabras: con tal de que no sea subrogado en los derechos del acreedor, más que en el caso en que el tercero llega a pagar en su nombre?

No es irreprochable la redacción, pues ésta parece dar como resultado que esta restricción sólo debería aplicarse en el segundo caso, es decir en el que se obra en su nombre.

Sin embargo, los principios y los textos del Código se resisten a toda distribución de este género.

Por otro lado, creemos que no es imposible explicar el motivo de esta diferencia en la redacción de nuestro texto.

El motivo de esto, sin duda, está en la intención diferente que el legislador supone en el tercero que paga a nombre del deudor, y en el tercero que paga a su nombre.

Para el primero, el legislador supone que éste obra en el interés del deudor, y si no declara que el tercero no puede forzar al acreedor para subrogarle en sus derechos, no quiere decir que lo autorice; es solamente que no se le ocurrió que este tercero que paga a nombre del deudor y con el fin de liberar a este último, queriendo hacerle un servicio, intentaría demostrar tal pretensión.

Por el contrario, el legislador llegó a pensar en contra del tercero que paga en su nombre; esta forma de obrar despertó, no diremos su desconfianza, sino al menos su atención; el legislador temió que el tercero, en lugar de cumplir con el asunto del deudor, sólo quiso hacer su propio negocio; es así como se explica ciertamente el cuidado que él creyó deber tomar al declarar para este caso, que el tercero no podía obtener la subrogación contra la voluntad del acreedor.

Es decir, que el legislador solamente creyó en el carácter desinteresado y confiable de esta intervención del tercero, cuando él ofrece hacer el pago en el interés del deudor sin exigir las garantías excepcionales de recuperación.

Se sabe muy bien que sólo nos ocupamos de las materias civiles.

(B) ***Posición de Manuel Albaladejo.***

Para Albaladejo[13], el fundamento de que pueda pagar cualquier tercera persona ajena a la obligación, tenga o no interés en el cumplimiento de ésta, reside en que tendiendo la prestación a satisfacer un interés del acreedor, a éste no debe importarle, en principio, quién la realice, con tal de que aquél quede satisfecho.

Precisa que una sentencia española de 26 de junio de 1925 dice que la facultad de pagar por otro, debe de estimarse establecida por la ley en beneficio del deudor, y así éste será el que aproveche las reducciones que el tercero haya obtenido del acreedor al pagarle.

Sostiene Albaladejo que el tercero puede pagar no sólo cuando lo consientan el acreedor y el deudor, sino cuando éste se oponga, e incluso, cuando se opongan ambos (procediendo, entonces, si es preciso, la consignación, al negarse el acreedor a recibir), pues, autorizando el Código el pago del tercero contra la voluntad del deudor, y careciendo el acreedor de interés en oponerse (fundamento, precisamente, de la posibilidad de que pague el tercero), no se ve por qué pueda rechazarse tal pago.

La norma es diferente, o por lo menos implica notables excepciones, en las materias comerciales (...).
¡El peligro del que previno el legislador en la materia civil podría ser muy serio realmente!
Paul me ofrece y me da un crédito garantizado por una buena hipoteca.
He aquí que Pierre, en la búsqueda de una ubicación segura para un capital que le preocupa, me ofrece pagar la deuda de Paul pidiéndome la subrogación en mi hipoteca.
¿No es claro que Pierre, en la búsqueda de una ubicación segura para un capital que le preocupa, me ofrece pagar la deuda de Paul pidiéndome la subrogación en mi hipoteca?
¡Y entonces! Es esto lo que la ley no quiso permitir.
En los casos en los que la ley juzgó que el tercero que pagó, merecía ser subrogado en los derechos del acreedor, pronunció a beneficio del tercero la subrogación de pleno derecho (...).
Pero fuera de este caso de subrogación legal, la ley sólo admite la subrogación convencional, es decir, la que resulta de un acuerdo del tercero que paga, ya sea con el deudor o con el acreedor (artículo 1250)."

(13) ALBALADEJO, Manuel. Op. cit., Volumen II, Tomo II, Página 137.

Anota que la sentencia española de 4 noviembre de 1897 señaló que no hace falta el consentimiento del acreedor, y la de 5 de mayo de 1962, que no puede oponerse al pago.

Agrega que, tratándose de un pago, el del tercero deberá reunir los requisitos generales del pago, y, entre ellos, cuando sea preciso, el **animus solvendi** respecto a la deuda ajena; de modo tal que no hay pago hecho por tercero (y por ello no procede el reembolso) si aquél obró para dar cumplimiento a lo que él se creía obligado (sentencia de 26 noviembre 1926).

(C) ***Posición de Jacques Dupichot.***

A decir del profesor Jacques Dupichot[14], el pago hecho por un tercero no siempre extingue la deuda. En efecto, este último dispone (a menos que se trate de una liberalidad, como el padre que paga la deuda de su hijo) de un recurso contra el deudor, fundado sobre la acción de mandato o de gestión de negocios.

No obstante -agrega Dupichot-, es mucho más útil para el tercero hacer sobrevivir la obligación original y subrogarse en los derechos del acreedor, cuando este último posee garantías en su beneficio. Es la hipótesis de pago (por un tercero) con subrogación (de este tercero en los derechos del acreedor original). El subrogado se coloca en el mismo lugar que el acreedor original y se va a beneficiar de todos los derechos y garantías del crédito.

(D) ***Posición de Jorge Joaquín Llambías.***

A entender de Llambías[15], el concepto de tercero no intere-

---

(14) DUPICHOT, Jacques. Op. cit., Página 113.
(15) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo II - B, Páginas 132 y siguientes.

sado se elabora por su oposición al de tercero interesado. Por consiguiente, es dable definir al tercero no interesado como la persona extraña a la obligación que no sufre detrimento en derecho alguno por la ausencia de pago de la deuda.

Añade que los terceros no interesados carecen de "**jus solvendi**"; hecho que resulta de su omisión por el artículo 726 del Código Civil Argentino, disposición que enuncia quiénes están legitimados para pagar, y no los menciona a ellos. Luego, colige que están excluidos del derecho que allí se confiere.

Considera Llambías que ello es enteramente lógico, pues no podrían esos terceros intentar inmiscuirse en los asuntos ajenos, si se les rehúsa la injerencia, puesto que, por hipótesis, ningún menoscabo habrá de resultarles de esa repulsa.

Precisa Llambías que de esa carencia del derecho a pagar por parte del tercero no interesado derivan importantes consecuencias. En primer lugar, si intenta pagar, su actitud se apoya no en una prerrogativa propia de la que carece, sino en la conformidad del acreedor dispuesto a recibirle el pago. Basta, pues, que éste se niegue a aceptar el pago para que resulte eliminada la posible intervención del tercero no interesado.

En segundo lugar -a decir de Llambías-, careciendo estos terceros de "**jus solvendi**", no pueden demandar al acreedor por consignación en pago. Si lo hicieran, la acción intentada estaría condenada al fracaso, porque el acreedor no está obligado a aceptar el pago que le ofrece un tercero no interesado. En ese sentido, según el citado profesor argentino, corresponde interpretar que el tercero mentado por el artículo 729 del Código Civil Argentino es sólo el tercero interesado, ya que el tercero no interesado si no está legitimado para pagar no puede pretender imponer el pago al acreedor.

Luego -agrega el citado tratadista-, es de advertir que es incompatible la conformidad o disconformidad del deudor para caracterizar la figura del tercero no interesado. En efecto, si media la conformidad del deudor, el "**solvens**" deja de ser un tercero

para convertirse en representante de aquél, rigiéndose su intento de pago por las reglas aplicables a los representantes del deudor. Y si juega la disconformidad del deudor, ella ni quita ni pone con respecto a la actuación válida del tercero que sólo depende de la aquiescencia del acreedor: la disconformidad del deudor no perjudica la validez del pago del tercero, y sólo se refleja en la limitación del reintegro a cargo de aquél, que sólo se restringe a aquello en que le hubiese sido útil el pago.

Por último, consideramos importante precisar que Llambías efectúa una comparación entre los terceros interesados y los no interesados, consignando las siguientes diferencias:

(a) En cuanto al concepto de tales, no puede haber confusión alguna. Ambos son extraños a la deuda, pero el tercero interesado puede sufrir un desmedro en un derecho suyo, si no se paga la obligación, lo que no habrá de ocurrirle al tercero no interesado. Si éste paga actúa oficiosamente y en beneficio de un interés ajeno, que puede ser el del acreedor o el del deudor.

(b) Anota Llambías que de esa diferencia conceptual surge la consecuencia más importante: sólo los terceros interesados tienen derecho de pagar o "**jus solvendi**", en resguardo del derecho propio amenazado. Los terceros no interesados carecen de ese derecho: cuando, de hecho, intervienen en el pago, lo hacen fundados en el consentimiento del acreedor, o sea en el derecho de éste de recibir el pago de manos de una persona distinta del deudor.

(c) Los terceros interesados pueden hacer prevalecer su derecho de pagar, aun contra la voluntad del acreedor que está precisado a recibirles el pago del mismo objeto debido. Contrariamente, los terceros no interesados, por ausencia del "**jus solvendi**", carecen de esa posibilidad, pudiendo el acreedor rechazarles el pago que quieran practicar oficiosamente.

(d) También influye -a entender de Llambías- la circunstancia de

ser o no interesado el tercero que paga, para apreciar la validez del pago hecho a un acreedor aparente, que pese a estar en posesión del crédito no es el verdadero acreedor. El pago hecho de buena fe por un tercero interesado es válido y libera al deudor frente al verdadero acreedor; pero si el "**solvens**" es un tercero no interesado, el pago no es válido, y queda intacto el derecho del verdadero acreedor contra el deudor.

(e) Finalmente, a decir del citado tratadista argentino, debe señalarse que es irrelevante la actitud del deudor para calificar la actuación del tercero en cuanto tal frente al acreedor. Cualquiera sea la postura del deudor, el pago es válido si se sustenta en el derecho del acreedor de recibir el pago de cualquier tercero. La actitud del deudor se refleja no en el pago en sí, sino en la pretensión de reintegro que tenga el **solvens**: si media la oposición del deudor el reintegro se limita a la utilidad que a él le ha procurado el pago; en los demás casos el reembolso es incompleto.

(E) ***Posición de Ernesto Clemente Wayar.***

Respecto a las razones que justifican el derecho de pagar que la ley reconoce a los terceros, Wayar[16] precisa que se han ensayado diversas respuestas, que reseña de la siguiente manera:

(1) **La teoría del bien debido.**

Señala Wayar que para explicar el derecho del tercero, la doctrina elaboró la teoría del bien debido, partiendo de una idea básica: el pago o cumplimiento es "la realización del contenido del deber", que se aprecia objetivamente, es decir, prescindiendo del

(16) WAYAR, Ernesto Clemente. Op. cit., Tomo I, Páginas 298 y siguientes.

sujeto prestante o **solvens**; lo que verdaderamente interesa es que el acreedor obtenga el bien o utilidad que debe reportarle la prestación. Por ende, afirma que hay pago tanto cuando cumple el propio deudor como cuando lo hace un tercero.

Se ve, entonces -según Wayar-, que el pago es considerado, objetivamente, como la realización del contenido de la obligación; y esta realización puede provenir del deudor o de un tercero, sin que esto altere la estructura de la obligación.

(2) **Tesis que funda el derecho del tercero en la necesidad de liberar al deudor.**

Refiere Wayar que el tercero que pretende pagar por el deudor no está sometido patrimonialmente al acreedor de éste. A partir de esta premisa, es fácil advertir que el derecho de pagar que la ley le otorga no puede fundarse en la necesidad de su propia liberación, pues no tiene de qué liberarse; de allí que se haya sostenido que ese derecho se funda en la necesidad de lograr la liberación del deudor. Se obtiene, en suma, que todo aquello que tienda a favorecer al deudor debe ser admitido por la ley; y el pago por tercero es una manera de favorecerlo.

(3) **El interés social.**

Recuerda el profesor de la Universidad Nacional de Tucumán que también se ha dicho que el derecho del tercero se funda en la necesidad de proteger el interés social que se vería resentido por el incumplimiento del deudor, lo cual se puede evitar permitiendo la intervención de los terceros.

(4) **El interés del tercero.**

Agrega Wayar que otra doctrina afirma que la razón que justifica el derecho del tercero es la necesidad de permitirle que proteja sus propios intereses, cuando éstos se hallan en peligro de

sufrir un perjuicio, como puede ocurrir cuando el deudor deja de cumplir con sus obligaciones. Si esto lesiona un derecho del tercero, debe permitírsele que cumpla por su deudor y otorgársele el derecho de pedir, luego, la restitución de lo que haya pagado.

(5) **Tesis del abuso del derecho.**

Por último, el mencionado profesor señala que también se ha sostenido que la razón del derecho del tercero radica en la prohibición que pesa sobre el deudor y el acreedor para que no ejerzan abusivamente sus derechos subjetivos. Hay abuso, se dice, cuando alguno de ellos o ambos intentan impedirle el pago de la deuda a un tercero, que quiere hacerlo para preservar indirectamente un derecho suyo.

(6) **Opinión de Wayar.**

El citado tratadista sostiene -en criterio que compartimos- que no es éste un tema para polemizar. Expresa que a cada una de las ideas expuestas en los párrafos precedentes le cabe cierta dosis de verdad, porque, en realidad, no es una sino son varias las razones que justifican el derecho de los terceros; basta examinar el Derecho comparado para comprobar que la mayoría de las legislaciones reconocen ampliamente el derecho de los terceros a intervenir en los negocios ajenos cuando se trata del pago.

Por eso -agrega Wayar-, antes que buscar la última **ratio**, es preferible adoptar un criterio amplio para interpretar las normas que en nuestras legislaciones se refieren al pago por tercero.

A decir de Wayar[17], no caben dudas de que el interesado tiene el derecho de pagar (**ius solvendi**), en resguardo de sus propios intereses; pero se pregunta si el no interesado tiene también el derecho de pagar.

---

(17) WAYAR, Ernesto Clemente. Op. cit., Tomo I, Páginas 314 y 315.

Precisa Wayar que, a este respecto, se han sostenido ideas opuestas:

(a) Según algunos autores, el no interesado no tiene el derecho de pagar. Para fundar la tesis afirma que la carencia de **ius solvendi** se deduce del hecho de que el pago no puede tener lugar si el tercero no cuenta con el consentimiento del acreedor; a la inversa, si el acreedor se opone, el no interesado no puede inmiscuirse en los negocios ajenos ofreciendo el pago. Conforme a esta tesis, no hay derecho del no interesado que justifique su actuación; es el acreedor quien tiene el derecho de recibir o de rechazar el pago que le ofrezca aquél.

(b) Según otra tesis -a la cual se adhiere Wayar-, no se puede dejar de reconocer el derecho del no interesado a pagar deudas ajenas. Precisa el jurista de Jujuy que sus sostenedores invocan las siguientes razones:

(1) Es verdad que el artículo 726 (del Código Civil Argentino) dice que pueden pagar el deudor y "los que tengan algún interés", pero esto no basta para sostener que a los no interesados se les ha negado el derecho de pagar. Los artículos 727 y 728 les reconocen a los terceros el derecho de pagar, sin hacer ningún distingo; no es impropio entender, pues, que ambas categorías de terceros están comprendidas en esas disposiciones.

(2) El artículo 729 (del Código de Vélez Sarsfield) obliga al acreedor a aceptar los pagos que le ofrezca un tercero, sin establecer, al igual que los dos preceptos anteriores, ninguna distinción que haga pensar al intérprete que los no interesados están excluidos. La norma se limita a dispensar al acreedor de la carga de subrogar al tercero que pague con su oposición, pero no contiene un trato diferente para unos y otros terceros.

(3) El solo hecho de que el tercero no tenga un interés patrimonial comprometido no es causa justificada para que el acree-

dor se niegue a recibirle el pago. Si hubiera alguna causa justificada, entonces sí sería legítimo el rechazo. Así, v. gr., si se le quiere entregar una cantidad menor que la que se le adeuda, el acreedor la rechazará, pero por esa razón, y sin considerar si el tercero tiene o no interés en realizar el pago. Según Wayar, incurriría en claro abuso del derecho un acreedor que se negara a recibirlo argumentando que quien quiere pagarle no tiene interés en hacerlo.

(4) En Derecho comparado es predominante la tendencia a permitir el pago de los terceros, con o sin interés en hacerlo.

(F) ***Posición de Raymundo M. Salvat.***

Por su parte, Salvat[18] se pregunta si tiene el tercero que paga contra la voluntad del deudor algún recurso contra éste.

Señala el ilustre civilista que en el Derecho Romano la cuestión no había sido expresamente resuelta. Maynz, fundándose en que las liberalidades no se presumen, enseña que puede haber lugar a la **actio de in rem verso**. Pero la generalidad de los romanistas niega al tercero todo recurso contra el deudor, a menos que el acreedor le haya cedido voluntariamente sus acciones. Esta última doctrina -agrega- era también la seguida en la antigua legislación española.

Añade que en el Derecho Francés la cuestión no ha sido expresamente resuelta. Pero, salvo disidencia aislada, ha prevalecido la doctrina de que el tercero que paga contra la voluntad del deudor, tiene contra éste una acción **de in rem verso**, al efecto de hacerse reintegrar el monto de lo que el pago le haya sido útil. Se invoca, por una parte, el principio que las donaciones no se presumen y, por otro, que nadie debe enriquecerse con perjuicio ajeno.

---

(18) SALVAT, Raymundo M. Op. cit., Tomo II, Páginas 207 y siguientes.

Recuerda Salvat que el Código Civil Argentino, después de establecer el principio de que el pago puede ser hecho por un tercero contra la voluntad del deudor, anota que quien así lo hubiere verificado tendrá sólo derecho a cobrar del deudor aquello en que le hubiese sido útil el pago; señala que, adhiriéndose a la doctrina de Maynz y de la generalidad de los jurisconsultos franceses, que le parece la más justa, el Código acuerda al tercero una acción **de in rem verso**: sólo puede cobrar, por ejemplo, si la obligación se encuentra parcialmente extinguida y el tercero paga íntegramente, pudiendo cobrar del deudor solamente el valor de la parte no extinguida.

Agrega Salvat que dentro de estos límites, la doctrina del Código de Vélez Sarsfield se funda en las razones antes enunciadas: 1° no debe suponerse, en principio, que el tercero que ha pagado contra la voluntad, haya querido hacer un acto de liberalidad; 2° apartada la hipótesis de la donación, si el deudor no estuviera obligado a reintegrar al tercero el valor de lo que el pago le hubiese sido útil, se enriquecería con perjuicio de éste; obligado en esos límites, en cambio, ningún perjuicio experimenta, puesto que él podrá siempre invocar contra el tercero las defensas que tenía contra el primitivo acreedor.

Precisa Salvat, por último, que el tema bajo análisis supone que el pago se hace contra la voluntad del deudor, pero con la conformidad del acreedor. Suponiendo que el deudor y el acreedor se opusieran al pago por el tercero, esa disposición dejaría de ser aplicable, preguntándose con qué título o derecho, en efecto, podría pretender el tercero poner fin a una obligación que el deudor y el acreedor, de común acuerdo, quieren mantener subsistente.

Resulta explicable -dice Salvat-, que si el deudor y el acreedor coinciden en que un tercero no asuma el cumplimiento de la obligación de la que son titulares pasivo y activo, se niegue a aquél la posibilidad de pagar, extinguiendo la obligación que los interesados concuerdan en mantener, añadiendo que el Código Argentino no contiene ninguna disposición al respecto, pero que

ella aparece en el Esboço de Freitas y también la incluyen el Proyecto Franco-Italiano, Bibiloni y el Proyecto de 1936.

(G) ***Posición de Ambroise Colin y Henri Capitant.***

Colin y Capitant[19] se preguntan por qué el acreedor se ha de negar a recibir el pago que le ofrece otro que no es el deudor, y precisan que con tal de obtener la prestación convenida, poco le importa quién sea el que la cumpla; pero que será distinto cuando se trate de una prestación en que la consideración de la persona del deudor sea esencia, por ejemplo, de la realización de una obra prometida por un obrero, por un artista, lo que hacía falta decir, pues el cumplimiento de la obligación por persona distinta del deudor, en el caso citado, no sería, hablando con propiedad, un pago, porque no proporcionaría al acreedor exactamente lo que le era debido.

(H) ***Posición de Théophile Huc.***

Huc[20] plantea un tema de sumo interés: si el mismo deudor pudiera impedir que un tercero desinteresado en la deuda, aun contra la voluntad de este deudor, venga a efectuar este pago en manos del acreedor.

Anota Huc que teóricamente parece que no puede haber serias dificultades en esto; el deudor debe ser el único juez de su interés y, por consiguiente, no se podría producir el pago aun en contra de su voluntad. En realidad, dice que él no puede impedir al acreedor que tiende a estar desinteresado y que tiene el derecho de estarlo, de recibir el pago de manos de un tercero. Si más tarde, al ejercer el acreedor su acción como si no hubiese recibido nada de nadie, el deudor le opone que ya recibió su pago de un tercero, el deudor ratifica entonces el acto del **solvens**. Si, por

(19) COLIN, Ambroise y CAPITANT, Henri. Op. cit., Tomo II, Página 183.
(20) HUC, Théophile. Op. cit., Tomo VIII, Página 16.

el contrario, el acreedor y el deudor están de acuerdo en no aceptar el pago ofrecido por un tercero desinteresado, este último no podría imponer su intervención.

Agrega que el pago efectuado por el deudor extingue la deuda de manera absoluta, tanto para el deudor como para el acreedor; y, por el contrario, el pago hecho por un tercero interesado extingue la deuda sólo para el acreedor. La deuda continúa subsistiendo para los codeudores o para el deudor principal, conforme a la subrogación que acuerda la ley a aquellos que, estando comprometidos con otros en el pago de una deuda, tenían interés en cumplirla.

(I) ***Posición de Héctor Lafaille.***

Señala Lafaille[21] que, respecto a las prestaciones de dar, cuando tienen por objeto sumas de dinero, el pago puede en principio verificarse por medio de cualquiera, sin que el acreedor pueda rehusarse a recibirlo, produciéndose el efecto extintivo.

(J) ***Posición de Atilio Aníbal Alterini, Oscar José Ameal y Roberto M. López Cabana***[22].

(1) **Pago con asentimiento del deudor.**

En este supuesto, el tercero **solvens** "puede pedir al deudor el valor de lo que hubiese dado en pago."

La situación de este tercero -a entender de los autores citados-, cuando el deudor asiente a su actuación, es la de un mandato; si lo envió a pagar, es un caso de mandato expreso, y si guardó silencio, o no impidió, pudiendo hacerlo, la actuación del

(21) LAFAILLE, Héctor. Op. cit., Tomo IV, Volumen I, Página 154.
(22) ALTERINI, Atilio Aníbal, AMEAL, Oscar José y LOPEZ CABANA, Roberto M. Op. cit., Tomo I, Páginas 101 y siguientes.

tercero, se da un supuesto de mandato tácito. El tercero, como mandatario, tiene derecho a recuperar lo que invirtió en la ejecución del mandato, con los intereses desde la fecha en que efectuó el desembolso.

Pero, por otro lado, tiene a su favor la subrogación legal, mediante la cual se le traspasan "todos los derechos, acciones y garantías del antiguo acreedor, hasta la concurrencia de la suma que él ha desembolsado realmente."

Añaden que en este caso de pago por tercero con asentimiento del deudor, el tercero **solvens** puede elegir la acción de mandato, o la subrogación legal; se duda acerca de cuál será el criterio para decidirse por una u otra, ya que ello depende de las circunstancias: si quiere aprovecharse de las garantías del crédito que pagó, le conviene la subrogación; si quiere cobrar intereses, y el crédito pagado no los tenía, le conviene ejercer la acción de mandato; si la deuda que pagó fuera nula o estuviese prescrita, la subrogación no le permitiría cobrarle al deudor, pero sí podría percibir su inversión por las acciones emergentes del mandato.

(2) **Pago en ignorancia del deudor.**

En tal situación se configura una gestión de negocios, porque el tercero se ha encargado sin mandato de la gestión de un negocio que directa o indirectamente se refiere al patrimonio de otro. El tercero, como gestor, puede reembolsarse los gastos que la gestión le hubiese ocasionado, con los intereses desde el día en que incurrió en tales gastos, pero siempre que haya conducido útilmente la gestión, pues en caso contrario, el deudor de la relación obligatoria sólo responderá de los gastos y deudas hasta la concurrencia de las ventajas que obtuvo al fin del negocio.

Como dicen Alterini, Ameal y López Cabana, a diferencia del mandatario, el gestor de negocios sólo recupera lo que invirtió útilmente. De allí que si la deuda pagada por él fuese nula, o estuviera prescrita, carecería de todo derecho a obtener el reembolso de su inversión, por haber sido inútil -para el deudor- la gestión hecha.

El tercero que paga en ignorancia del deudor tiene además a su favor la subrogación legal. También, en este supuesto, la elección de uno u otro medio depende de las circunstancias.

(3) **Pago contra la voluntad del deudor.**

Cualquier tercero puede pagar contra la voluntad del deudor con tal de que el acreedor lo acepte y, si es tercero interesado, tiene derecho a imponer al acreedor la recepción del pago.

En tal caso, sólo podrá cobrar del deudor aquello en que le hubiese sido útil el pago; esto es, dispondrá de la acción "**in rem verso**", que se concede a todo aquel que emplea su dinero o sus valores en utilidad de las cosas de un tercero.

Según Alterini, Ameal y López Cabana, los derechos del tercero que paga contra la voluntad del deudor son, pues, menguados: debe probar la utilidad de su inversión, y sólo puede pretender aquello en que se hubiera enriquecido el deudor mediante el pago, pero carece de subrogación en los derechos del acreedor **accipiens**. Tal es el principio. No obstante, si el **solvens** es tercero interesado, la ley le otorga subrogación legal en los derechos del acreedor.

(K) ***Nuestra posición.***

Luego de haber repasado la opinión de autorizada doctrina respecto al tema del pago por un tercero, emitimos nuestro propio parecer.

Consideramos que el tema del pago por un tercero debe ser abordado distinguiendo si él es hecho por un tercero interesado o no interesado. Y, en ambos supuestos, resulta necesario analizar si el pago ha sido hecho con asentimiento del deudor y descono-

cimiento del acreedor, con asentimiento del deudor y negativa del acreedor, con asentimiento del acreedor y desconocimiento del deudor, con asentimiento del acreedor y negativa del deudor, con desconocimiento del acreedor y del deudor y, por último, contra la voluntad del acreedor y del deudor.

En adelante nuestro análisis:

(a) ***Pago efectuado por un tercero interesado con asentimiento del deudor y desconocimiento del acreedor.***

Consideramos que el pago que se efectúe en estas circunstancias sería válido, en la medida en que -obviamente- no se trate de una obligación **intuitu personae**, o derive ella del pacto o de su naturaleza.

Resulta necesario aclarar, sin embargo, que para que el pago se produzca con desconocimiento del acreedor, deberá ser un pago que, para su verificación, no requiera del concurso de éste.

(b) ***Pago efectuado por un tercero interesado con asentimiento del deudor y con la negativa del acreedor.***

Al tratarse de un tercero interesado, y no siendo una obligación **intuitu personae** -supuesto implícito en todo nuestro análisis-, entendemos que la negativa del acreedor debería desestimarse, por cuanto el tercero tendría derecho a liberarse efectuando el pago en resguardo de sus intereses.

(c) ***Pago efectuado por un tercero interesado con asentimiento del acreedor y desconocimiento del deudor.***

En la medida en que se trate de un tercero interesado y el acreedor asienta en que se efectúe el pago, será irrelevante que el deudor lo conozca o desconozca.

(d) ***Pago efectuado por un tercero interesado con asentimiento del acreedor y negativa del deudor.***

Para este supuesto optamos por la misma solución reseñada en la hipótesis precedente.

(e) ***Pago efectuado por un tercero interesado con desconocimiento del acreedor y del deudor.***

En la medida en que la ley resguarda las expectativas del tercero, y en tanto que no se requiera de la participación del acreedor para verificar el pago, el mismo revestirá plena validez.

(f) ***Pago efectuado por un tercero interesado contra la voluntad del acreedor y del deudor.***

A nuestro parecer, y siempre teniendo en consideración la tutela que el Derecho otorga al tercero interesado, consideramos que sería irrelevante la negativa del acreedor y del deudor para la verificación de dicho pago.

En la medida en que el acreedor requiera prestar su concurso para la realización del pago, y no lo preste, por estar en contra del mismo, dicha oposición deberá desestimarse judicialmente.

(g) ***Pago efectuado por un tercero no interesado con asentimiento del deudor y desconocimiento del acreedor.***

En tanto dicho pago sea factible sin el concurso del acreedor, deberá considerarse como un pago válido, en la medida en que de acuerdo con lo establecido por el artículo 1222 del Código Civil Peruano, según el cual puede hacer el pago cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación.

(h) ***Pago efectuado por un tercero no interesado con el asentimiento del deudor y la negativa del acreedor.***

Sobre la base de las consideraciones aducidas en el punto anterior, en este caso el pago también sería válido, debiendo desestimarse la negativa del acreedor.

(i) ***Pago efectuado por un tercero no interesado con asentimiento del acreedor y desconocimiento del deudor.***

Nuestra solución, para este caso es la misma que la señalada en los supuestos (g) y (h).

(j) ***Pago efectuado por un tercero no interesado con asentimiento del acreedor y negativa del deudor.***

En este caso, al igual que en los supuestos (g), (h) e (i), el pago sería válido. Por lo demás, éste es el supuesto típico de pago válido efectuado por un tercero contemplado en el primer párrafo del artículo 1222 del Código Civil Peruano.

(k) ***Pago efectuado por un tercero no interesado con desconocimiento del acreedor y del deudor.***

Consideramos que en este supuesto el pago sería válido, en la medida en que no se requiera de la intervención del acreedor para su cumplimiento. El fundamento jurídico de nuestra afirmación está constituido por el artículo 1222 del Código Civil, al que hemos hecho mención anteriormente.

(l) ***Pago efectuado por un tercero no interesado contra la voluntad del acreedor y del deudor.***

Como habrá podido apreciar el lector, en los once supuestos que anteceden, hemos dado como respuesta la afirmativa, vale

decir, que en todos ellos consideramos como válidamente efectuado el pago por un tercero interesado o no interesado.

La excepción está dada por la hipótesis bajo análisis, la misma que, a nuestro entender, es la única en la que el tercero -al ser uno que carece de interés jurídicamente relevante- no tendría derecho a pagar.

Al existir una negativa conjunta del acreedor y del deudor, el Derecho debe respetar la voluntad de ambos para dejar subsistente la relación obligatoria, la misma que, incluso, ellos podrían extinguir por un medio distinto al pago en estricto. En tal orden de ideas, las partes podrían extinguir la obligación a través de una dación en pago, de una novación en sus formas objetiva y subjetiva, compensando obligaciones recíprocas, a través de la condonación de la deuda, utilizando la obligación como punto de acuerdo para una transacción o, por último, acordar el no cumplimiento de esta y de otras obligaciones por mutuo disenso.

Por otra parte, debemos precisar que el Código Civil Peruano establece algunos supuestos de excepción para que el deudor se oponga a la ejecución de la prestación por parte del tercero. Estos son:

(1) ***Si el contrato lo impide.***

Naturalmente, si se hubiese pactado la no ejecución de la prestación por un tercero, el acreedor deberá oponerse al pago, debido a que este sería un pago indebido o estaría recibiendo un pago que generaría un enriquecimiento sin causa. De aceptarse el pago por el acreedor, el mismo no tendría efecto liberatorio para el deudor, quien seguiría debiendo la prestación estipulada, salvo que tal pago fuera también admitido por el deudor, en cuyo caso las partes estarían revocando el acuerdo de no ejecución de la prestación por un tercero.

(2) ***Si la naturaleza de la obligación lo impide.***

Este es el supuesto de las típicas prestaciones **intuitu personae**, vale decir, de aquellas cuyo cumplimiento sólo puede ser efectuado por la persona del deudor, sobre la base de la naturaleza de la prestación. Resulta evidente que en estos supuestos el acreedor podrá oponerse a la ejecución de la misma por un tercero.

Debemos precisar, por nuestra parte, que el deudor no podría oponerse al pago sino por los dos motivos previstos en los parágrafos (1) y (2) que anteceden. En cualquier otro supuesto, la oposición debe tenerse por no planteada o desestimarse, ya que ella sería improcedente.

Cabe señalar, además, que el asentimiento del deudor puede ser expreso o tácito. Será expreso en la medida en que así lo manifieste de manera precisa y clara. Será tácito -en cambio-, si es que su conducta demuestra que, conociendo la voluntad del tercero de pagar, no se opuso o no manifestó ser contrario a dicha pretensión.

Antes de concluir nuestros comentarios al artículo 1222 del Código Civil, debemos referirnos a los alcances de la parte final del segundo párrafo del precepto, cuando hace referencia a que quien paga sin asentimiento del deudor "sólo puede exigir la restitución de aquello en que le hubiese sido útil el pago".

Entendemos que la alusión a "aquello en que le hubiese sido útil el pago" puede llevar a confusión.

Nos explicamos.

Podría interpretarse que dicha frase se refiere a aquello en que hubiese sido útil el pago para quien lo efectuó, pero ello carecería de sentido, pues podría tratarse del supuesto en el cual el pago lo haga una persona que no tenga interés alguno en la obligación. Por otra parte, también podría pensarse que se está aludiendo a aquello en que el pago hubiese sido útil al deudor. Este

concepto sí tendría sentido en algunos casos, mas no en todos, ya que parece evidente que si un tercero paga la deuda del deudor, dicho pago, como regla general, le habrá sido útil íntegramente, pues lo habrá liberado de su anterior obligación (independientemente de si ese tercero que pagó pueda subrogarse o no ante el deudor). Los supuestos en que sí tendría sentido cabal esta segunda interpretación serían aquellos en que el tercero pague y la obligación del deudor ya hubiese prescrito -y por ende ya no le fuera exigible-, o que la obligación fuese objeto de alguna controversia sobre su cuantía -por citar otro caso-.

- ***Propuesta de eventual modificación legislativa del artículo 1222.***

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

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

- ***Fundamento.***

Consideramos conveniente efectuar la modificación anotada para evitar problemas en la interpretación del texto actual, cuyo verdadero sentido es el que se indica en nuestra propuesta.

- ***Jurisprudencia peruana del artículo 1222.***

En relación al tema de quién puede hacer el pago, mencionamos las siguientes Ejecutorias Supremas:

I.- "Cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de una obligación, puede hacer el pago de una deuda y reclamar del deudor lo que hubiera pagado por él." Ejecutoria del

27 de agosto de 1979. Normas Legales, Número 98, 1979, Página 341. (Artículo 1235 del Código Civil de 1936).

II.- "El artículo 1222 del Código Civil establece el principio de que cualquier persona puede pagar una obligación.

Por consiguiente, el pago de la merced conductiva efectuado por persona que no es el demandado, surte los efectos cancelatorios correspondientes. El juez que recibió tales pagos carece de facultad para resolver las impugnaciones formuladas por el demandante.

En consecuencia, si el demandado no adeudaba dos meses y quince días de la merced conductiva a la fecha de la interposición de la demanda, ésta debe ser declarada infundada." Ejecutoria del 2 de julio de 1987. "El Peruano", Número 14813, 2 de enero de 1988. (Artículo 1235 del Código Civil de 1936).

- ***Concordancias nacionales.***

Ejecución de la obligación de hacer por persona distinta al deudor, artículo 1149 del Código Civil / Usufructo de acciones, artículo 110 de la Ley General de Sociedades / Prenda de acciones, artículo 111 de la Ley General de Sociedades.

- **APTITUD PARA EFECTUAR EL PAGO.**

Artículo 1223.- "*Es válido el pago de quien se encuentra en aptitud legal de efectuarlo.*

Sin embargo, quien de buena fe recibió en pago bienes que se consumen por el uso o dinero de quien no podía pagar, sólo está obligado a devolver lo que no hubiese consumido o gastado."

- ***Fuentes nacionales del artículo 1223.***

Dentro de la legislación colonial, tenemos a la *Ley de las Siete Partidas* y a la *novísima Recopilación*, que prohibían a las mujeres y a los menores e incapaces, otorgar, en general, toda clase de actos y contratos.

El artículo 1223 del Código Civil vigente no registra antecedentes en el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836.*

El tema es regulado por primera vez en el *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836*, artículo 832: "Para pagar válidamente, es menester ser propietario de la cosa que se paga, y poder enajenarla; sin embargo, el pago de una suma de dinero, o de otra cualquier cosa consumible por

el uso, no puede repetirse contra el acreedor que la ha consumido de buena fe, aunque el pago se haya hecho por quien no era dueño, ni podía enajenar la cosa."; seguido por el *Código Civil de 1852*, en sus artículos 2218: "Para hacer pago válidamente es necesario ser dueño de lo que se da en pago, y hábil para enajenarlo."; y 2219: "Sin embargo, el que con buena fe recibió en pago cosas fungibles, de quien no podía pagar, sólo estará obligado a devolver lo que ha consumido; salvo los derechos del dueño y del acreedor para exigir del deudor el reintegro de lo que a cada uno le falte, con los intereses y la reparación de daños."

Posteriormente el tema fue abordado por el *Proyecto de Código Civil de 1890*, en sus artículos 2904: "Para extinguir válidamente la obligación de dar, es necesario que el obligado sea dueño de la cosa que da en pago, y hábil para enajenarla; pero puede darse en pago cosa ajena, si el dueño lo consiente expresamente."; y 2905: "Si la cosa dada en pago es consumible, y el acreedor que la ha consumido la recibió de buena fe, es válido el pago, aunque haya sido hecho por el que no fue dueño de la cosa pagada, o no tuvo facultad de enajenar.- Si el acreedor sólo ha consumido una parte de la cosa, queda extinguida la obligación en esa parte; pero tiene obligación de devolver lo que no ha consumido.- En ambos casos quedan a salvo el derecho del deudor de la cosa dada en pago, y el del acreedor, para repetir del deudor lo que a cada uno le falte, y las costas, los daños y perjuicios."

El *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925*, trató el tema en los artículos 200: "Para hacer pago válidamente es necesario ser dueño de lo que se da en pago, y hábil para enajenarlo."; y 201: "Sin embargo, el que con buena fe recibió en pago cosas fungibles de quien no podía pagar, sólo estará obligado a devolver lo que no ha consumido."; en tanto que el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926*, lo hacía en los numerales 190: "Para hacer pago válidamente es necesario ser dueño de lo que se da en pago, y hábil para enajenarlo."; y 191: "Sin embargo, el que con buena fe recibió en pago cosas consumibles de quien no podía pagar, sólo estará obligado a devolver lo que no ha consumido. Esta obligación de devolver no tiene lugar tratándose de pagos efectuados en dinero."; el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936*, en los artículos 1227: "Para hacer pago válidamente es necesario ser dueño de lo que se da en pago y hábil para enajenarlo."; y 1228: "Sin embargo, el que con buena fe recibió en pago cosas que se consumen por el uso o dinero, de quien no podía pagar, sólo está obligado a devolver lo que no hubiese gastado o consumido."; y el *Código Civil de 1936*, en los numerales 1236: "Para hacer pago válidamente es necesario ser dueño de lo que se da en pago y hábil para enajenarlo."; y 1237: "Sin embargo, el que con buena fe recibió en pago cosas que se consumen por el uso, o dinero, de quien no podía pagar, sólo está obligado a devolver lo que no hubiese gastado o consumido."

Dentro del proceso de reforma al Còdigo Civil de 1936, la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973*, abordó el tema en el artículo 87: "Para hacer pago válidamente es necesario ser dueño de lo que se da en pago y hábil para enajenarlo.- Sin embargo, el que con buena fe recibió en pago cosas que se consumen por el uso o dinero, de quien no podía pagar, sólo está obligado a devolver lo que no hubiese gastado o consumido."; mientras el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980*, lo hizo en el artículo 90: "Paga válidamente quien se encuentra en aptitud legal de efectuarlo.- Sin embargo, quien de buena fe recibió en pago bienes que se consumen por el uso o dinero de quien no podía pagar, sólo está obligado a devolver lo que no hubiese consumido o gastado."; el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981*, en el artículo 1244: "Paga válidamente quien se encuentra en aptitud legal de efectuarlo.- Sin embargo, quien de buena fe recibió en pago bienes que se consumen por el uso o dinero de quien no podía pagar, sólo está obligado a devolver lo que no hubiese consumido o gastado."; y el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984*, en el artículo 1191: "Es válido el pago de quien se encuentra en aptitud legal de efectuarlo.- Sin embargo, quien de buena fe recibió en pago bienes que se consumen por el uso o dinero de quien no podía

pagar, sólo está obligado a devolver lo que no hubiese consumido o gastado."

- ***Fuentes y concordancias extranjeras.***

Coinciden con el artículo 1223 del Código Civil Peruano, entre otros, los Códigos Civiles Francés (artículo 1238), Portorriqueño de 1930 (artículo 1114), Panameño (artículo 1047), Ecuatoriano (artículo 1618), Venezolano de 1942 (artículo 1285), Venezolano de 1880 (artículo 1184, tercer párrafo), Chileno (artículo 1575), Portugués de 1967 (artículo 765), Español (artículo 1160) y el Proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones y Contratos de 1927 (artículo 174, segundo párrafo).

El Código Civil Mexicano (artículo 2087) establece que no es válido el pago hecho con cosa ajena; pero si el pago se hubiere hecho con una cantidad de dinero u otra cosa fungible ajena, no habrá repetición contra el acreedor que la haya consumido de buena fe.

Por su parte, el Proyecto de Código Civil Colombiano (artículo 560) puntualiza que el pago en que se debe transferir la propiedad no es válido, sino en cuanto el que pagó es dueño de la cosa pagada o la paga con el consentimiento del dueño. Tampoco es válido el pago en que se debe transferir la propiedad, si el que paga no tiene facultad para enajenar. Sin embargo, cuando la cosa pagada es fungible, y el acreedor la ha consumido de buena fe, se valida el pago, aunque haya sido hecho por el que no era dueño o no tuvo facultad de enajenar. El Código Civil Boliviano de 1831 (artículo 829) agrega que para pagar válidamente es menester ser propietario de la cosa que se paga, y poder enajenarla; pero el pago de una suma de dinero, o de otra cualquiera cosa consumible por el uso, no puede repetirse contra el acreedor que la ha consumido de buena fe, aunque el pago se haga por quien no era dueño o por quien no podía enajenar la cosa.

El Código Civil Egipcio (artículo 228) establece que para la

validez del pago, el deudor debe ser capaz de enajenar y el acreedor capaz de recibir.

Y el Código Civil Argentino (artículo 726), por su parte, dispone que pueden hacer el pago todos los deudores que no se hallen en estado de ser tenidos como personas incapaces, y todos los que tengan algún interés en el cumplimiento de la obligación.

- ***Análisis.***

En primer lugar, al prescribir el artículo 1223 del Código Civil que es válido el pago de quien se encuentra en aptitud legal de efectuarlo, se está haciendo alusión, sin lugar a dudas, a aquellas personas que tienen capacidad de ejercicio, lo que equivale a decir que será válido el pago de quienes no se encuentran comprendidos en los alcances de los artículos 43 y 44 de dicho Código.

El pago de cualquier persona no comprendida en esas normas se considerará como válidamente efectuado, salvo los casos en que el deudor, persona capaz, efectúe el pago con prestación que no le pertenece, respecto a los cuales citamos luego ilustrada doctrina y nuestra propia opinión.

En relación a la incapacidad, debemos precisar que éste no es el caso en que alguna persona relativa o absolutamente incapaz ejecute una prestación en nombre de una persona con capacidad de ejercicio. Se trata, en cambio, del supuesto en el cual sea precisamente el incapaz quien deba la prestación y él mismo la ejecute.

El lector puede preguntarse cuándo debería un incapaz una prestación, habida cuenta de que no tiene capacidad para obligarse. Sin embargo, como sí tiene capacidad de goce, podrá ser titular de derechos y obligaciones, pero la ejecución de las obligaciones y el resguardo de sus derechos deberán ser ejercidos o efectuados no por el propio incapaz, sino por quien lo represente para el Derecho. En virtud del artículo 45 del propio Código Civil se establece que los representantes legales de los incapaces ejercen

los derechos civiles de éstos, según las normas referentes a la patria potestad, tutela y curatela. Será el caso de la patria potestad, si son los padres quienes la ejercen; de la tutela, si se tratase de un menor de edad a quien le faltasen padres que ejerciesen dicha representación; y de la curatela, si se tratase de mayores de edad incapaces que requieran de representación. Estas dos últimas (la tutela y la curatela) son las que se conocen como instituciones supletorias de amparo.

Ahora bien, ¿cómo podría un incapaz estar obligado a la ejecución de una prestación?

Planteémonos la hipótesis de un menor de edad (8 años), hijo único, cuyos padres -adinerados- mueren -intestados- en un accidente. Sin lugar a dudas, dicho menor de edad se convertirá en el único heredero de sus padres, razón por la cual será él, y sólo él, el dueño de toda la masa hereditaria. Podría ocurrir que sus padres tuviesen una deuda dineraria, por ejemplo, frente a un tercero. En este caso, al ser ahora su único hijo el titular del patrimonio hereditario, también sería deudor único de dicha prestación. Pero, el menor de edad no podrá ejecutar por sí mismo la prestación debida, sino deberá cumplirla su representante legal, que para estos efectos será el tutor nombrado de acuerdo con las disposiciones legales vigentes (artículos 502 a 563 del Código Civil).

Asimismo, dicho menor de edad será el titular de numerosas obligaciones cuyo cumplimiento le es impuesto por la ley. Es el caso de las obligaciones tributarias, por ejemplo, que deberá satisfacer al Fisco: si el menor de edad hubiese heredado bienes inmuebles, estará sujeto al pago del impuesto predial; pero él mismo no pagará tal impuesto, sino su tutor.

También podría ser, en el mismo orden de ideas expuesto, el caso de un capaz que contrae una obligación y que luego se vuelve incapaz.

El pago por un incapaz sería inválido y ello para evitar que,

al no administrar personalmente su patrimonio, se perjudique por acciones de esa naturaleza.

Sin embargo, el propio artículo 1223 establece un caso de excepción: si el acreedor hubiese recibido el pago de buena fe, y dicho pago consistiese en bienes que se consumen por el uso o dinero (el dinero es el bien consumible por excelencia), sólo quedará obligado a restituir lo que no hubiese consumido o gastado. Puede haber bienes que se consumen en forma relativamente rápida, pero no necesariamente con el primer uso. Y en este caso, al reclamarse, pueden ser perfectamente inútiles o, en la realidad de los hechos, estar destruidos por el transcurso del tiempo. Por otra parte, existen bienes que, con buen cuidado, poco o nada se consumen con el uso; por ejemplo, un cuadro. Y otros, en fin, que no se consumen por el uso; por ejemplo, un diamante.

Como los supuestos de hecho, en estos casos, pueden derivarse hasta el infinito, la fórmula lata que utiliza el Código es la adecuada. La solución deberá plantearse ante la configuración de cada hipótesis.

Del precepto bajo análisis puede deducirse que, si el acreedor de buena fe hubiese consumido o gastado la integridad o parte del objeto de la prestación recibida, no deberá devolver nada o, en el segundo caso, deberá devolver lo no consumido o no gastado.

También puede deducirse, esta vez **contrario sensu**, que, si se tratase de un acreedor de mala fe (entendiendo por mala fe la sapiencia de que quien pagaba no podía hacerlo), dicho acreedor deberá devolver la integridad de la prestación debida. En este caso, podríamos hallarnos en alguno de los tres siguientes supuestos:

(1) Si dicho acreedor no hubiese consumido nada de lo recibido, deberá devolver los mismos bienes.

(2) Si el acreedor hubiese consumido sólo parte de lo recibido, deberá devolver lo no consumido y reponer con bienes iguales o en dinero aquello que hubiese consumido.

(3) Si el acreedor hubiese consumido la totalidad de los bienes recibidos, deberá reponer la integridad de los mismos con bienes iguales o en dinero.

Lo señalado por nosotros en los puntos (2) y (3) generalmente no será difícil de ejecutar, en lo que respecta a "bienes iguales", ya que es usual que los bienes consumibles de los que trata esta norma (el artículo 1223 del Código Civil), también sean fungibles (siendo ambas categorías, desde luego, conceptualmente diferentes).

Por otra parte, podría considerarse que hubiese sido más apropiado utilizar en el precepto, en lugar de los términos "quien se encuentre en aptitud legal de efectuarlo", aquellos empleados por el artículo 1227, vale decir, "personas incapaces", a fin de que ambas normas, que tratan sobre dos aspectos distintos de un mismo problema, guarden coherencia terminológica. Sin embargo, recordamos que deliberadamente se cambió -en la Comisión Reformadora- la palabra "incapaz" por la expresión "aptitud legal de efectuarlo". La razón de este cambio se fundamentaba en que puede presentarse el caso del "pago" hecho por una persona capaz, pero que trate de "pagar" con un bien ajeno (que no le pertenece en propiedad) o con un bien sobre el cual no tenga la capacidad de disponer.

Como dice Théophile Huc[1], en determinados casos, cuando uno se obliga a entregar un bien en propiedad, para pagar válidamente hay que ser propietario de la cosa dada en pago, y capaz de enajenar, puesto que entonces el pago es traslativo de propiedad.

Considera Huc que esta situación llega a producirse: cuando se efectúa el pago en cumplimiento de una obligación de dar que tiene por objeto las cosas determinadas sólo en cuanto a su especie; cuando el convenio tiene por objeto un cuerpo cierto y, sin embargo, se acordó que el deudor quede como propietario de

(1) HUC, Théophile. Op. cit., Tomo VIII, Páginas 25 y 26.

éste hasta el momento del pago; cuando en lugar de entregar el cuerpo cierto que se debía, el deudor da otra cosa al acreedor quien la acepta; cuando una entrega similar en pago proviene de un tercero que paga en ventaja del deudor.

Agrega el citado tratadista que no sería liberatorio un pretendido pago efectuado por un no-propietario en las condiciones anteriores. El acreedor que no tuvo la transferencia del derecho de propiedad con el que podía contar, puede hacer que se anule dicho pago antes de que se le despoje, y reclamar un nuevo pago con la compensación por daños y perjuicios, si le corresponde. El podría -a entender de Huc-, obrar en nulidad, según la opinión que prevalece en la doctrina, aun cuando por el efecto de la prescripción se convirtiese en propietario de la cosa que se le entregara. Se dice que él entendió convertirse en propietario por el efecto directo del pago y no por el efecto de una prescripción que legítimos escrúpulos pueden detenerlo para acogerse a ella. Enseña el citado tratadista que los autores que admiten esta solución la aplican sin problemas a los casos en que el pago consistió en la tradición de un mueble, como a aquel en que consistió en la entrega de un inmueble.

En tal orden de ideas, Colin y Capitant[2] sostienen que cuando se trata de una obligación de dar, es decir, de transmitir la propiedad de una cosa o un derecho real sobre la misma, el pago sólo es válido en tanto el **solvens** reúne los dos requisitos siguientes:

(a) Ser propietario;
(b) Ser capaz de enajenar.

Anotan los autores citados que si el deudor no es propietario del objeto que ha entregado al acreedor, no puede transmitirle la propiedad y, por consiguiente, el pago es nulo, con la precisión de que podrán invocar esta nulidad el acreedor y el deudor.

(2) COLIN, Ambroise y CAPITANT, Henri. Op. cit., Tomo II, Páginas 181 y 182.

Señalan Colin y Capitant que el acreedor tiene derecho, al restituir el objeto recibido, a pedir un segundo pago o indemnización de daños y perjuicios. Tiene este derecho -dicen-, aunque la cosa que se le ha entregado sea un mueble corporal, estando entonces protegido contra la reivindicación del verdadero propietario por la regla que "En materia de muebles la posesión equivale al título". La misma solución existe si ha recibido un inmueble ajeno y se ha convertido en propietario, por medio de la prescripción. En efecto, el poseedor es libre de invocar o no estos medios de defensa. El **solvens** no puede imponerle una prescripción o, de un modo más general, una excepción que su conciencia reprueba.

Añaden dichos profesores que le está igualmente permitido al deudor invocar la nulidad del pago, a fin de obtener la devolución de la cosa indebidamente entregada, y de dar otra. El **solvens** puede, en efecto, tener el mayor interés en restituir al **verus dominus** para evitar una condena. Se observará que esta facultad concedida al **solvens** de pedir la nulidad del pago que ha hecho es contraria a la regla de que el que debe la garantía no puede desposeer. Pero esta excepción se justifica por el hecho de que el deudor entregará al acreedor otra cosa en sustitución de la primera, razón por la cual se preguntan qué motivo legítimo podría tener el acreedor para negarse a que su primer deudor regularizase su situación; precisan que si por casualidad este motivo legítimo existiese, el **solvens** no puede reclamar la cosa ajena al **accipiens**. El deudor se verá privado del derecho de anular el pago si se trata de una cantidad de dinero o de una cosa consumible y el acreedor la ha gastado o consumido de buena fe.

En lo referente a la incapacidad de enajenar, los mencionados juristas precisan que engendra una nulidad que esta vez es relativa y no beneficia, por lo tanto, más que al **solvens**. El **accipiens**, por su parte, no puede, en este caso, pedir la anulación del pago; y en cuanto al incapaz, también aquí pierde el beneficio de la acción de nulidad en el caso de que la cosa sea una cantidad de dinero o una cosa consumible que el acreedor ha consumido de buena fe.

Respecto a la pregunta de qué interés tendrá el incapaz en pedir la nulidad y en recobrar la cosa, puesto que continuará siendo deudor y el acreedor podrá obligar a su representante legal a pagarle una cosa semejante a la que le ha sido quitada, Colin y Capitant señalan que se pueden concebir varios casos en que este interés existe, como serían: si el incapaz ha pagado una cantidad de dinero antes de vencer el término, tiene interés en recobrarla; si el deudor de una cosa **in genere** que ha entregado un objeto de la mejor calidad, tiene interés en recobrarla, pues podrá liberarse entregando una cosa de calidad media; y, por último, si el deudor, en virtud de una obligación alternativa (debe una cosa u otra, a su elección), desea recobrar la cosa que ha entregado para sustituirla por otra.

En lo relativo a la propiedad del bien con que se efectúa el pago, Jorge Joaquín Llambías[3] señala que es un requisito de validez del pago que la cosa con que se paga sea de propiedad del "**solvens**", cuando se trata de una obligación de dar una cosa cierta para transferir el dominio de ella.

Pedro N. Cazeaux y Félix A. Trigo Represas[4] precisan que cuando se trata de obligaciones de dar cosas ciertas para transferir su dominio, el Código Civil Argentino en su artículo 738, agrega un nuevo requisito para la validez del pago: "que el que lo hace sea propietario de ella y tenga capacidad de enajenarla". Señalan que esta exigencia lógica no es más que una nueva aplicación del principio general consagrado por el Derecho en el sentido de que "Nadie puede transmitir a otro sobre un objeto, un derecho mejor o más extenso que el que gozaba; y recíprocamente nadie puede adquirir sobre un objeto un derecho mejor y más extenso que el que tenía aquél de quien lo adquiere."

Enseñan los autores citados que el acreedor tiene derecho a rechazar el pago ofrecido por su deudor si éste no es propietario

---

(3) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo II - B, Páginas 203 y siguientes.

(4) CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Tomo II, Páginas 124 y siguientes.

de la cosa con la cual intenta pagar, precisamente porque faltaría uno de los requisitos imprescindibles para la validez del tal pago. Pero el verdadero problema se suscita con posterioridad al pago efectuado con cosa ajena, en cuyo supuesto habrá que estudiar separadamente las respectivas situaciones del **accipiens**, del **solvens** y del tercero propietario de la cosa objeto de la prestación cumplida.

En lo que respecta a la situación del **accipiens**, anotan Cazeaux y Trigo Represas que la doctrina argentina de manera uniforme sostiene que el **accipiens** de buena fe, es decir, el que desconocía que la cosa recibida no era de propiedad del deudor, tiene acción para obtener la nulidad del pago así efectuado; invocándose como fundamento lo dispuesto en la parte final del artículo 1329 del Código Civil de ese país, que se refiere a la venta de una cosa ajena, interpretado a **contrario sensu** y aplicados sus principios así resultantes, por analogía, a todo acreedor a quien se deba transmitir una cosa cierta, aunque el mismo no sea comprador. Refieren que, asimismo, se agrega por algunos que tal pago constituiría un acto anulable y que el vicio que lo afectaría sería la nulidad relativa.

Pero expresan los profesores citados, que, en cuanto al artículo 1329 del Código Civil Argentino, sucede que tal precepto dista bastante de ser asertivo, pues luego de establecer claramente que: "El vendedor después que hubiese entregado la cosa, no puede demandar la nulidad de la venta, ni la restitución de la cosa", en cambio, al aludir a la situación del comprador, se limita a disponer que si éste "sabía que la cosa era ajena, no podrá pedir la restitución del precio". Señalan que primero hay que interpretar a **contrario sensu** si el comprador no sabía que la cosa era ajena, si podría pedir la restitución del precio, lo cual, a su vez, involucraría asimismo implícitamente la devolución de la cosa recibida, por aplicación de lo previsto en los artículos 1052, 1200 y concordantes del Código Civil Argentino; sólo después procedería extender por analogía no la norma del artículo 1329 **in fine** del Código Civil, que en definitiva nada dice sobre el derecho del comprador a devolver la cosa ajena recibida del vendedor, sino la interpretación a **contrario sensu** del referido texto legal y las

anexas consecuencias tácitas de tal procedimiento interpretativo. Todo lo cual -a decir de Cazeaux y Trigo Represas-, resulta bastante confuso y poco convincente.

Ellos coinciden con la conclusión sustentada por esta doctrina, mas no con su fundamentación que hace decir al artículo 1329 del Código Civil algo que éste no expresa, para después extender esto último (lo que en verdad no dice) por analogía. Creen, en cambio, que existen otras razones que mucho más fácilmente permiten llegar a tal solución. Precisan que si se trata de obligaciones de dar para transferir la propiedad, es obvio que el pago -cumplimiento de la prestación que hace el objeto de la obligación- implica el traspaso del dominio y requiere, por lo tanto, ser realizado por quien sea "propietario (de la cosa) que tenga capacidad para enajenar". Por ello -agregan-, bien puede decirse que "la nulidad se funda en que lo dado en pago no satisface el derecho del acreedor"; o, mejor aún, que al no ser el **solvens** dueño de la cosa dada en pago, no se da la necesaria adecuación entre el objeto pagado y el objeto debido, por lo que no existe -en definitiva- cumplimiento de la prestación, o sea que no hay propiamente pago. De forma tal que el **accipiens** de buena fe que recibe en pago una cosa que no era del **solvens**, desconociendo esta circunstancia, lo libera por error y tiene, por ende, derecho a demandar la reconstitución de la deuda, devolviendo lo recibido. Si por el contrario el **accipiens** era de mala fe, o sea que sabía que la cosa que se le entregaba no era de propiedad del **solvens**, consintió esa situación irregular renunciando tácitamente a la posibilidad de objetar un pago inseguro a su respecto; y al no mediar "error" de su parte, no podría ya pretender invocar las normas sobre liberación putativa: de ahí que no pueda imponer la restitución de la cosa, pues el deudor no estaría obligado a reconocerlo nuevamente como su acreedor por la misma deuda.

Establecen los autores citados que todo lo dicho pone en evidencia, de paso, que en estos supuestos de pago con cosa ajena no se trata de que el mismo sea anulable por vicio de nulidad relativa, sino de algo muy distinto; lo que sucede, como ya se ha dicho, es que en realidad no se configura un verdadero pago

por falta de adecuación entre la prestación debida y la actividad (conducta) cumplida por el **solvens**.

En lo referente a los requisitos para la hipótesis bajo análisis, señalan que el primero, como queda dicho, es el de la "buena fe" del **accipiens**, entendiéndose por tal su desconocimiento o ignorancia de que la cosa con que se le pagaba no era de propiedad del **solvens**; a la recíproca, el **accipiens** será de "mala fe" si tenía conocimiento de que la cosa que recibía en pago era ajena. Pero precisan que de todas formas se infiere, por aplicación de principios generales, que la buena fe del **accipiens** se presume, y que debe existir en el momento del pago; de manera que corresponderá eventualmente al deudor a quien se quiera obligar a reconocer la subsistencia de la deuda, la prueba de la mala fe de aquél.

Concordamos plenamente con los profesores citados cuando anotan que la restitución de la cosa ajena recibida en pago se impone como requisito lógico, por cuanto si el **accipiens** pretende que el pago percibido no fue tal por no ser el **solvens** dueño de la cosa entregada, de los mismos términos de su demanda resultará que carece de derecho para retener ésta. Por ello -dicen-, si el **accipiens** de buena fe hubiese consumido la cosa recibida, ya no tendría la acción que estamos estudiando, porque ese consumo le habría otorgado todas las ventajas que podía esperar de un pago regular y además de buena fe, lo cual lo pone a cubierto de cualquier acción que pudiese intentar el tercero propietario de la cosa.

Refieren los profesores platenses que más dudosa resulta, en cambio, la solución, si la cosa ajena entregada en pago pereció por caso fortuito o fuerza mayor, estando en poder del **accipiens**. Señalan que la generalidad de los autores, cuya opinión compartimos, consideran que igualmente el acreedor está habilitado para accionar contra el **solvens**, aunque no pueda restituir la cosa; sostienen que el riesgo de la pérdida queda a cargo de quien efectuó el pago ineficaz, en razón de que cesa entonces la obligación de devolver del **accipiens**. A decir de Cazeaux y Trigo Represas, para otra opinión minoritaria, el pago quedaría con-

firmado en razón de que si la cosa igualmente se hubiese perdido, fuese de propiedad del **solvens** o de un tercero, significaría ello que al perderse por caso fortuito o fuerza mayor, el **accipiens** de todas formas no habría sufrido perjuicio alguno por la circunstancia de que en realidad dicha cosa perteneciera a un tercero y no al deudor.

A decir de los profesores citados, la acción del **accipiens** no está supeditada a que se haya producido una turbación a su derecho, sino que basta el mero peligro de evicción.

Pero, a entender de ellos, el **accipiens** carecerá de derecho para pretender un nuevo pago, si pese a ser ajena la cosa entregada por el **solvens**, aquél, sin embargo, está a resguardo de toda posible reivindicación en su contra; lo cual puede suceder cuando él mismo se encuentre amparado por aplicación del principio de que en materia de cosas muebles la posesión vale título, o se operó la prescripción adquisitiva de cosas muebles robadas o perdidas, o llega a ser propietario por usucapión de los inmuebles, etc. Señalan Cazeaux y Trigo Represas que en estos supuestos, en definitiva, no se llega a producir la falta de adecuación objetiva entre el objeto debido y el pagado; y en consecuencia el **accipiens** carecerá de "interés jurídico" para pretender que se deje sin efecto un pago que, aunque en mérito a la concurrencia de otros factores extraños, ha cumplido pese a todo con el requisito de la identidad en el objeto, y resulta, por ende, plenamente satisfactorio. Los autores citados precisan que, en efecto, "satisfacción" y "cumplimiento" no son el anverso y reverso de una misma medalla, ni hay entre ellas una correlación total, necesaria e irreductible; la "satisfacción" no está necesariamente subordinada a la realización del cumplimiento y puede lograrse con plenitud de efectos mediante otro hecho que no sea el cumplimiento del débito.

Y en lo que respecta a la situación del **solvens**, Cazeaux y Trigo Represas señalan que buena parte de la doctrina francesa sostiene que el **solvens** que pagó con una cosa ajena puede demandar la restitución de la misma, a condición de ofrecer otra de su propiedad en sustitución de la entregada primeramente. Y en

la Argentina Salvat ha defendido la misma postura, interpretando a **contrario sensu** la segunda parte del artículo 738 del Código Civil de ese país, que sólo niega expresamente este derecho al **solvens** en el caso particular de haber sido consumida de buena fe la cosa por el acreedor; lo cual, a su entender, implica la procedencia de la repetición en todos los otros casos. Además, se invocan razones de orden práctico, pues de esta forma se le evitan los mayores perjuicios que pueden sobrevenir si el verdadero propietario le demandara daños y perjuicios, y se le permite a la vez tomar la iniciativa frente al **accipiens**, para que no quede indefinidamente expuesto, hasta tanto se cumpla el plazo de prescripción, a la reclamación del **verus dominus**.

Para los tratadistas que venimos citando, estos últimos argumentos no merecen ser tenidos mayormente en cuenta, por su naturaleza extrajurídica y porque en definitiva el único culpable de la situación creada es el **solvens**, quien -por lo tanto- mal podría invocar su propia conveniencia en desmedro de las otras partes ya perjudicadas por su proceder: el **accipiens** y el dueño de la cosa; y en cuanto al argumento **contrario sensu** extraído de la parte final del artículo 738 del Código Civil Argentino, tampoco parece satisfactorio, ya que dicho procedimiento interpretativo debe utilizarse con suma mesura y cuidado; y resulta muy forzado extraer tales conclusiones de un precepto que simplemente se limita a disponer en qué circunstancias no podrá repetirse, o sea, cuando la cosa consumible o suma de dinero hubiese sido consumida de buena fe por el acreedor **accipiens**. E incluso, para quienes defienden la aplicabilidad por vía analógica del artículo 1329 del Código Civil Argentino, Cazeaux y Trigo Represas señalan que esta norma vendría a aportar un nuevo argumento en contra de la tesis rebatida, ya que en el supuesto afín de venta de cosa ajena, dicho precepto viene a establecer que "el vendedor **solvens**, no puede demandar la nulidad de la venta, ni la restitución de la cosa."

Cazeaux y Trigo Represas participan de la opinión mayoritaria en la Argentina que rechaza la acción restitutoria del **solvens**, fundada en la razón que da el propio Vélez Sarsfield en su nota al artículo 738: el deudor que ha entregado la cosa ajena no puede

repetirla, porque está obligado por la garantía de evicción, y por lo tanto no puede él mismo provocar dicha evicción.

En lo que respecta a la situación del tercero propietario de la cosa, los autores citados recuerdan que el pago hecho con una cosa ajena, acto de disposición efectiva de una cosa que no pertenecía al **solvens**, resulta inoponible al **verus dominus**, por cuanto a su respecto es **res inter alios acta**, cosa pactada entre terceros y que a él no le concierne. De ahí que, conservando el propietario de la cosa dada en pago su derecho de dominio, pueda, en principio, ejercer la acción de reivindicación de la misma.

Agregan Cazeaux y Trigo Represas que, sin perjuicio de lo expuesto, el dueño de la cosa puede intentar también una acción subsidiaria por indemnización del daño causado por la enajenación; y de obtener por esta vía una completa reparación, cesa entonces su derecho de reivindicar la cosa, procediendo dicha acción, ante todo, lógicamente, contra el **solvens**, que fue quien utilizó la cosa ajena en la oportunidad de hacer el pago; e igualmente corresponde tal acción contra el **accipiens** de mala fe, que recibió la cosa con conocimiento de que la misma no era propia del **solvens**, cuando la reivindicación ya no sea posible, como sucede en los casos de consumo de la cosa, enajenación por el **accipiens** a terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso, destrucción de la cosa por caso fortuito o fuerza mayor, entre otros.

Para Ernesto Clemente Wayar[5], tratándose de obligaciones de dar cosas ciertas para transferir la propiedad de ellas, se requiere que el deudor o, en general, el **solvens**, sea propietario de la cosa que da en pago; y cuando la persona que hace el pago -deudor o **solvens**- no es propietaria de la cosa que entrega, ocurre que el pago queda configurado como un acto anulable, porque la nulidad que lo afecta no es manifiesta, sino que, al contrario, la determinación de la causa de la invalidez depende de una investi-

(5) WAYAR, Ernesto Clemente. Op. cit., Tomo I, Páginas 389 y siguientes.

gación de los hechos. En consecuencia, el pago será válido hasta tanto se compruebe que la cosa no le pertenecía al pagador; y el pago es de nulidad relativa porque no está comprometido el orden público, sino que se busca proteger el interés particular del propietario. Por idéntica razón, ese pago puede ser objeto de confirmación posterior.

Anota Wayar que el **solvens** que ha hecho el pago con una cosa ajena carece de acción para pedir la nulidad; señala que con excepción de Salvat, la mayoría de la doctrina de su país comparte esta afirmación. El problema -a decir de Wayar- presenta algunas particularidades, tales como que antes de la realización del pago, si el deudor sabe que la cosa a cuya entrega se obligó es ajena, puede negarse a cumplir; el acreedor no puede exigir compulsivamente el pago, pues si se admitiese esa pretensión se estaría obligando al deudor a cometer un acto ilícito. El deudor dejará de cumplir la prestación específica, pero quedará obligado a indemnizar los daños y perjuicios que haya sufrido el acreedor; y después de hacer el pago, el deudor no puede impugnar su validez alegando que no es propietario de la cosa entregada, pues para él, el pago es definitivo, sin que pueda el deudor anular el pago, porque en tal caso el acreedor se vería obligado a restituir la cosa recibida, con lo cual se configuraría una situación de evicción, provocada por el propio deudor. Pero como al deudor le está prohibido provocar la evicción de su propio acreedor, es lógico que se le niegue la acción de nulidad del pago.

Según Wayar -respecto al Derecho de su país- la acción de nulidad le corresponde al acreedor o **accipiens**, interpretación que surge de las siguientes consideraciones: (1) Si el pago con cosa ajena es anulable de nulidad relativa, lo cual supone que la nulidad debe ser pedida, y se le niega al mismo tiempo la acción de nulidad al deudor, no cabe sino admitir que es el acreedor quien está legitimado para ejercer la acción. (2) Vélez Sarsfield le concedió la acción al comprador que se halla en idéntica situación que el **accipiens** aquí considerado; es decir, si un comprador de buena fe recibe una cosa que no es de propiedad del vendedor, está autorizado a pedir la nulidad de la venta. Nada impide generalizar la solución para todos los acreedores a los cuales se les haya dado en pago una cosa que no pertenece al deudor.

Anota el citado tratadista argentino que el Proyecto de Ley de Unificación (se refiere al de 1987) propone modificar todo el Título referido a la compraventa y, por ende, reemplaza el artículo 1329 por un lacónico texto -corresponde al artículo 1328 del Proyecto-, que se limita a declarar la validez de la venta de una cosa total o parcialmente ajena, y a establecer que el vendedor se obliga a transferir o hacer transmitir su dominio, sin regular las consecuencias ante un eventual incumplimiento del vendedor. Sin embargo, no se puede dudar de que en caso de nulidad de la venta la acción le corresponderá al comprador, por aplicación de los principios generales; se impone la misma solución para el caso del pago, por tratarse de situaciones análogas.

En parecer de Wayar, para que la acción de nulidad intentada por el acreedor sea admitida por el juez, es necesario que el acreedor tenga que haber obrado de buena fe al tiempo de recibir el pago. Habrá buena fe cuando él ignore que la cosa que se le entrega no es de propiedad del pagador. Puesto que a la buena fe se la presume, le corresponde al pagador que pretende oponerse a la nulidad probar que el acreedor sabía que la cosa era ajena; y en segundo lugar, que el acreedor tiene que estar en condiciones de devolver la cosa. Si ha perdido la posibilidad de devolver, también habrá perdido la acción de nulidad. Por ejemplo -dice Wayar-, si se ha entregado en pago el caballo "Bucéfalo" y el acreedor que lo recibió lo ha vendido a un tercero, o el animal muere por causas naturales, el acreedor no puede luego pedir la nulidad del pago alegando que el caballo no era de propiedad de quien se lo entregó, porque la nulidad no tendría sentido, ya que al no poder devolver el caballo, el verdadero propietario tampoco podrá recuperarlo, tornándose así inútil la declaración de nulidad. Es preferible, entonces -según Wayar-, considerar válido y definitivo el pago realizado, dejando a salvo los derechos del propietario, quien siempre podrá accionar reclamando ser indemnizado.

Por otra parte, nos dice el jurista de Jujuy, que según la opinión común si la cosa perece por caso fortuito, el acreedor queda

dispensado de la obligación de devolver, no obstante lo cual puede pedir la nulidad. Se expresa, en abono de esta tesis, que es el deudor quien debe soportar la pérdida, por haber efectuado un pago inválido. Empero, dado que el argumento es débil, se hace necesario distinguir dos situaciones, según que el **solvens** haya obrado de mala fe o de buena fe.

Así, si el deudor ha obrado de mala fe, y ha dispuesto como si fuera propia de una cosa de la cual sabe que es ajena, debe ser reputado como poseedor de mala fe. En consecuencia, la pérdida de la cosa por caso fortuito no lo dispensa de responsabilidad ni aun cuando se haya desprendido de ella dándola en pago. Por tanto, el acreedor que la recibió está autorizado a pedir la nulidad. El deudor, en razón de ser poseedor de mala fe, deberá indemnizar al acreedor mediante un segundo pago, y también al propietario, que no tiene por qué soportar la pérdida de la cosa.

Wayar opina que si el deudor ha obrado como poseedor de buena fe, la cuestión es distinta, pues en tal caso podrá eximirse de responsabilidad tanto respecto del acreedor como del verdadero dueño, probando que la cosa habría perecido, de todos modos, estando en poder del dueño. Reunidos estos dos extremos -buena fe del **solvens** y prueba de que si el dueño hubiese tenido la cosa en su poder no hubiera evitado la pérdida-, liberan al primero de responsabilidad tanto respecto del acreedor como del propio dueño.

Por otra parte -nos dice el citado profesor-, una vez devuelta la cosa al **solvens**, el propietario tiene que poder reivindicarla. Si la ley quiere proteger el interés del propietario, esta protección tiene lugar cuando el propietario reivindica la cosa. De ahí que si el **solvens** se halla en situación de repeler la reivindicación que intente en su contra el propietario, también está autorizado a oponerse a la nulidad que pretenda el acreedor, pues no tendría sentido declarar la nulidad y devolver la cosa si el propietario no puede recuperarla. De este modo, Wayar sostiene que el acreedor debe admitir la eficacia del pago y desobligar a su deudor, pues el hecho de que la cosa no haya pertenecido a éste es irrelevante y no perjudica la validez del pago.

Por nuestra parte, en lo que respecta a este tema, debemos formular algunas precisiones. Al tratar uno de los coautores de este Tratado, en ocasión distinta, acerca del contrato de compraventa sobre bienes ajenos[6], afirmó que en un contrato de venta de bien ajeno, en estricto, se entiende que se efectúa el pago de la prestación del vendedor cuando éste entrega el bien en propiedad al comprador.

Sin embargo, requiere observarse lo dispuesto por el artículo 1222 del Código Civil, en el sentido de que puede hacer el pago cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, sea con el asentimiento del deudor o sin él, salvo que el pacto o su naturaleza lo impidan. En este sentido, será posible que se dé por satisfecho el cumplimiento de la obligación del vendedor con la transferencia de propiedad del bien materia del contrato, efectuada no por el vendedor, sino por el verdadero propietario del bien.

No en todos los casos en que el dueño del bien transfiera por sí mismo la propiedad al comprador se entenderá satisfecha la obligación del vendedor. Dicha transferencia sólo tendrá efecto de pago en caso de que el tercero la ejecute en consideración al contrato de compraventa de bien ajeno celebrado anteriormente, y mediando una declaración expresa o un asentimiento tácito en el sentido de que al transferir la propiedad del bien al comprador, dicho vendedor entienda estar realizando el pago de la obligación del vendedor del bien ajeno. Naturalmente, en este caso, consideramos indispensable que el vendedor conozca que dicho pago corresponde al contrato primigenio. De lo contrario, esta nueva transferencia de propiedad se entenderá no relacionada al contrato de compraventa de bien ajeno y, por lo tanto, se le comprenderá dentro del entorno de la nueva relación obligacional de la que forme parte.

En este último supuesto, si bien el comprador habrá visto

---

(6) CASTILLO FREYRE, Mario. Los Contratos Sobre Bienes Ajenos, Páginas 181 y 182.

satisfecha su expectativa de adquirir o tener dentro de su patrimonio el bien materia del contrato de compraventa de bien ajeno, el vendedor de dicho contrato seguirá debiendo el bien que se obligó a transferir y será susceptible de abonar una indemnización de daños y perjuicios, si es que éste los hubiera causado; además, naturalmente, de la posibilidad que tiene el comprador de demandar judicialmente la resolución del contrato, de acuerdo con lo prescrito por el artículo 1371 del Código Civil.

Ahora ubiquemos el supuesto de que dicho vendedor trate de cumplir con la obligación asumida, entregando él mismo un bien ajeno. Recordemos que el pago -de acuerdo con el artículo 1220 del Código- se entiende efectuado sólo cuando se ha ejecutado íntegramente la prestación. En el caso del contrato de venta de bien ajeno, si el vendedor trata de pagar con un bien que no le pertenece, habría que distinguir los siguientes supuestos:

(1) Si se trata de un bien mueble no registrable (o registrable pero no registrado).

Aquí cabrían dos posibilidades:

(1.1) Que el comprador actúe de buena fe, caso en el cual podría llegar a adquirir la propiedad del bien, de acuerdo con los artículos 948 y 1542 del propio Código.

(1.2) Que el comprador actúe de mala fe, caso en el cual no adquirirá la propiedad de dicho bien ajeno recibido.

(2) Si se trata de un bien mueble registrado.

Aquí también están comprendidos dos supuestos:

(2.1) Si el bien se encuentra registrado a nombre de su verdadero dueño (un tercero, ajeno a las partes del contrato), el comprador no adquirirá la propiedad del bien.

(2.2) Si el bien se encuentra registrado a nombre del vendedor (que en realidad no es el dueño del bien), el comprador adquirirá su propiedad, por haber actuado con buena fe.

(3) Si se trata de un bien inmueble.

Aquí cabrían dos hipótesis:

(3.1) Si se trata de un bien inmueble no registrado, el comprador no adquirirá la propiedad, ya que nadie puede transmitir más derechos de los que tiene.

(3.2) Si se trata de un inmueble registrado.

(3.2.1) Si el bien inmueble se encuentra registrado a nombre del verdadero propietario (tercero en el contrato de compraventa), el comprador no adquirirá la propiedad.

(3.2.2) Si el bien inmueble se encuentra registrado a nombre del vendedor (quien ya no es propietario del mismo), el comprador adquirirá la propiedad.

En los demás contratos sobre bienes ajenos en los que una parte pague con otro bien cumpliendo una obligación que conllevaba el transferir su propiedad, aplicaremos -**mutatis mutandi**- las reglas expuestas para el contrato de compraventa.

Para el caso en que se trate de la ejecución de prestaciones que no conlleven la entrega con la finalidad de transmitir la propiedad del bien, si la parte a quien no le pertenece lo entrega, puede pagar, si es que satisface el destino que estaba obligado a dar a dicho bien -por ejemplo, un uso temporal por la otra parte, o la constitución del derecho de habitación, o un simple arrendamiento, etc.-[7].

---

(7) Sin duda, el tema del pago con bienes ajenos es sumamente complejo. Para mayor información al respecto, ver CASTILLO FREYRE, Mario. Op. cit., Páginas 181, 182 y 195 a 204.

Antes de concluir nuestros comentarios sobre el precepto, mencionamos que a su antecedente inmediato en el Código Civil de 1936, el Doctor Manuel Augusto Olaechea le otorgaba un sentido limitado, al entender que la norma aludía -en cuanto a la capacidad-, al hecho de ser dueño del bien que se quería transferir. En adelante las palabras del Doctor Olaechea[8]:

"Es, desde luego, necesario ser dueño de lo que se da en pago; pero si se trata de cosas muebles, debe tenerse presente que la posesión equivale al título, cuando no se trate de cosas robadas o perdidas.

Según esto, no basta de un modo general poseer la capacidad jurídica para efectuar válidamente el pago, pues si se trata de realizar un pago que implica desplazamiento de propiedad, es indispensable ser dueño de la cosa que se da en pago."

Cabe mencionar, por último, que el artículo analizado tiene una excepción en el propio Código Civil de 1984: el artículo 1358, que establece que "Los incapaces no privados de discernimiento pueden celebrar contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria." Consideramos que esta norma constituye una excepción, porque en el supuesto contenido en el artículo transcrito no será necesario, para que el pago sea válido, que quien lo efectúe sea una persona con capacidad de ejercicio. Se requiere, simplemente, que no esté privado de discernimiento y que el pago tenga relación con las necesidades ordinarias de su vida diaria. El sentido de esta excepción es, fundamentalmente, reconocer como válidas situaciones que necesariamente se van a producir y que, de no existir el numeral 1358, deberían ser consideradas nulas.

- ***Jurisprudencia peruana del artículo 1223.***

Sobre este artículo podemos citar la siguiente Ejecutoria Suprema:

---

(8) COMISION REFORMADORA DEL CODIGO CIVIL PERUANO de 1852. Op. cit., Fascículo V, Página 179.

"Cuando el deudor da en pago una cosa de propiedad ajena, no puede alegar la cancelación para librarse del cumplimiento de la obligación." Anales Judiciales, 1907, Página 341. (Artículo 1237 del Código Civil de 1936).

- ***Concordancias nacionales.***

Capacidad de ejercicio, artículo 42 del Código Civil / Usufructo de acciones, artículo 110 de la Ley General de Sociedades / Prenda de acciones, artículo 111 de la Ley General de Sociedades.

- PERSONAS A QUIENES SE PUEDE EFECTUAR EL PAGO.

Artículo 1224.- "*Sólo es válido el pago que se efectúe al acreedor o al designado por el juez, por la ley o por el propio acreedor, salvo que, hecho a persona no autorizada, el acreedor lo ratifique o se aproveche de él.*"

- Fuentes nacionales del artículo 1224.

Dentro de la legislación colonial puede mencionarse a la *Ley de las Siete Partidas*, Ley 3, Título XIV, Partida Quinta: "**Pagamiento de las debdas deue ser fecho a aquellos que las han de recibir**."

El artículo 1224 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*, reguló el tema en el artículo 833: "El pago debe hacerse al acreedor o a su apoderado, o al que esté autorizado por el juez, o la ley. El pago hecho al que no tiene poder del acreedor, será válido, si éste lo ratifica, o se aprovecha de él."; en tanto que el *Código Civil de 1852*, lo hacía en el numeral 2220: "El pago que no se haga al acreedor o a su apoderado, o al

designado por el juez o por la ley, no extingue la obligación, a no ser que, hecho el pago a persona no autorizada, el acreedor lo ratifique o se aproveche de él."; el *Proyecto de Código Civil de 1890*, en el artículo 2901: "El pago que no se haga al acreedor o a su apoderado, o a la persona designada por la ley o por el Juez no extingue la obligación; a no ser que en estos dos últimos casos el acreedor lo ratifique, expresamente, o de un modo tácito, aprovechándose de él."; el *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925*, en el numeral 202: "El pago que no se haga al acreedor o a su apoderado, o al designado por el juez o por la ley, no extingue la obligación; a no ser que, hecho el pago a persona no autorizada, el acreedor lo ratifique o se aproveche de él."; el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926*, en el artículo 192: "El pago que no se haga al acreedor o a su apoderado, o al designado por el juez o por la ley, no extingue la obligación a no ser que hecho el pago a persona no autorizada, el acreedor lo ratifique o se aproveche de él."; el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936*, en el artículo 1229: "El pago que no se haga al acreedor, o al designado por el juez o por la ley, no extingue la obligación, a no ser que hecho el pago a persona no autorizada, el acreedor lo ratifique o se aproveche de él."; y el *Código Civil de 1936*, en el artículo 1238: "El pago que no se haga al acreedor, o al designado por el juez o por la ley, no extingue la obligación, a no ser que hecho el pago a persona no autorizada, el acreedor lo ratifique o se aproveche de él."

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 su artículo 88: "El pago que no se haga al acreedor, o al designado por el juez o por la ley, no extingue la obligación, a no ser que hecho el pago a persona no autorizada, el acreedor lo ratifique o se aproveche de él."; en tanto que el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980*, lo hacía en el artículo 91: "Sólo es válido el pago que se efectúe al acreedor, o al designado por el juez, por la ley o por el propio acreedor, a no ser que, hecho a persona no autorizada, el acreedor lo ratifique o se aproveche de

él."; el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981*, en el artículo 1245: "Sólo es válido el pago que se efectúe al acreedor, o al designado por el juez, por la ley o por el propio acreedor, a no ser que, hecho a persona no autorizada, el acreedor lo ratifique o se aproveche de él."; y el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984*, en el numeral 1192: "Sólo es válido el pago que se efectúe al acreedor o al designado por el juez, por la ley o por el propio acreedor, salvo que, hecho a persona no autorizada, el acreedor lo ratifique o se aproveche de él."

- ***Fuentes y concordancias extranjeras.***

Coinciden con el artículo 1224 del Código Civil Peruano, entre otros, los Códigos Civiles Mexicano (artículo 2073), Panameño (artículo 1049), Costarricense de 1888 (artículos 766 -similar a la primera parte- y 767 -similar a la segunda parte del artículo 1224 Peruano-), Hondureño (artículo 1427), Proyecto de Código Civil Colombiano (artículo 561 -agregando que "el pago hecho de buena fe a la persona que estaba entonces en posesión del crédito es válido, aunque después aparezca que el crédito no le pertenecía"-), Francés (artículo 1239), Italiano de 1942 (artículo 1188), Portorriqueño de 1930 (artículo 1116), Chileno (artículo 1576), Boliviano de 1976 (artículo 297, incisos I y II), Boliviano de 1831 (artículo 830), Uruguayo (artículo 1453), Ecuatoriano (artículo 1619), Venezolano de 1942 (artículo 1286), Venezolano de 1880 (artículo 1185), Anteproyecto de Código Civil Boliviano de Angel Ossorio y Gallardo de 1943 (artículo 854, segundo párrafo -cuando establece que el pago deberá hacerse a la persona en cuyo favor estuviese constituida la obligación o a otra autorizada para recibir en su nombre-), Paraguayo de 1987 (artículo 552), Brasileño (artículo 934), Español (artículos 1162 y 1163), Portugués de 1967 (artículos 770 y 771), Anteproyecto Paraguayo de Luis de Gásperi (artículo 807), Guatemalteco de 1973 (artículo 1384), Argentino (artículo 731 -el que elabora una relación de las personas a quienes puede hacerse el pago-), Proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones y Contratos de 1927 (artículo 173), Holandés (Libro 6, Sección 6, artículo 6) y Código de la República de China de 1930 (artículo 309).

El Código Civil de la Provincia de Québec (artículo 1144) agrega que el pago puede ser realizado por el acreedor a cualquiera que tenga poder o autorización legal o judicial. El pago efectuado a quien no tiene poder de recibirlo, es válido si el acreedor lo ratifica.

El Código Civil Etíope (artículo 1743, primera parte), a su turno, prescribe que el pago hecho a quien no tenía poder para recibirlo por el acreedor, es válido si luego éste lo ratifica o el pago fue aprovechado por el acreedor. Los Códigos Civiles Chileno (artículo 1579) y Ecuatoriano (artículo 1622) establecen que reciben legítimamente los tutores y curadores por su respectivo representado; los albaceas que tuvieren este encargo especial o la tenencia de los bienes del difunto; los maridos con sus mujeres en cuanto tengan la administración de los bienes de ésta; los padres y madres de familia con sus hijos, en iguales términos; los recaudadores fiscales o de comunidades o establecimientos públicos, por el fisco, o las respectivas comunidades o establecimientos; y las demás personas que por ley especial o decreto judicial estén autorizadas para ello.

Respecto a este tema, el Código Civil Argentino contiene un precepto peculiar. Nos referimos al artículo 735, el mismo que dispone que si el acreedor capaz de contraer la obligación, se hubiese hecho incapaz de recibir el pago, el deudor que, sabiendo la incapacidad sobreviniente se lo hubiese hecho, no extingue la obligación.

Debe mencionarse también al artículo 739 de este cuerpo legal, que establece que lo dispuesto sobre las personas que no pueden hacer pagos, es aplicable a las que no pueden recibirlos.

- ***Análisis.***

El principio general que inspira esta materia es que el pago deberá efectuarse al acreedor de la obligación, vale decir, a quien realmente se debe la prestación, en virtud de cualquiera de las fuentes de las obligaciones. El precepto contenido en el artículo

1224 del Código Civil es de meridiana evidencia. Sin embargo, creemos que las opiniones que anotamos a continuación ilustran con mayor erudición el tema.

Dice Giorgi[1] que quien paga mal, paga dos veces, por lo que considera importantísima la teoría que enseña a quién debe ser hecho el pago.

En tal sentido, se paga bien al acreedor capaz de recibir o a quien le represente en debida regla, pero, por excepción, el pago resulta a veces válido por el concurso de circunstancias sobrevenidas aun cuando haya sido hecho al acreedor incapaz o a quien no le representaba. Esas son las tres proposiciones generales en que se compendia toda la teoría.

El Doctor Manuel Augusto Olaechea señalaba a este respecto, comentando el Primer Anteproyecto de Libro V[2], lo siguiente:

"El acreedor que recibe el pago debe ser capaz de administrar sus bienes, porque el pago es un modo de extinguir obligaciones, con la única limitación a que se refiere el artículo 204 del presente Anteproyecto, que es la reproducción literal del artículo 2222 del Código Civil (se refería al Código Civil de 1852) y cuyo fundamento se percibe sin dificultad."

Por su parte, el Doctor José León Barandiarán[3] expresa que "No requiere fundamentación el hecho de que el pago debe hacerse al acreedor. En su defecto ha de hacerse a la persona que lo represente. Al decir la ley que el pago, para que sea válido, ha de hacerse al acreedor, comprende tanto al acreedor originario como a sus sucesores, o a un cesionario del crédito."

Como anota Huc[4] , el deudor que quiere liberarse debe es-

---

(1) GIORGI, Giorgio. Op. cit., Tomo VII, Páginas 93 y 94.
(2) COMISION REFORMADORA DEL CODIGO CIVIL PERUANO de 1852. Op. cit., Fascículo V, Página 179.
(3) LEON BARANDIARAN, José. Op. cit., Tomo II, Página 275.
(4) HUC, Théophile. Op. cit., Tomo VIII, Página 41.

tar atento para verificar si aquel a quien ofreció el pago es su acreedor, o el representante válidamente constituido de su acreedor, o que está en posesión del crédito. Debe verificar incluso si éste es capaz de recibir, pues si este último no era capaz, la ley teme que malgaste la cantidad recibida, sin ningún beneficio para él, de tal modo que habría enajenado su crédito sin obtener en realidad las ventajas que éste le debía dar.

Agrega el ilustre exégeta francés que como consecuencia de ello, el pago hecho al acreedor no es válido si era incapaz para recibirlo, a menos que pruebe el deudor que la cosa pagada ha redundado en provecho del acreedor; razón por la cual es suficiente con que el deudor establezca que el acreedor hizo uso del dinero que le pagó, dinero que era favorable para él cuando se hizo este uso. Poco importa que subsista aún el beneficio o ya no subsista en el momento de la demanda. En tal sentido, a decir de Huc, la condición del deudor que acaba de pagar dependerá del uso, bueno o malo, que hará el incapaz. Tanto peor para el deudor quien no podría acogerse a la incapacidad de su acreedor para demandar que se confirme el pago o que se le restituya la cosa pagada.

Debemos precisar que el artículo 1224 del Código no se refiere al supuesto en el cual el acreedor rehúse recibir el pago. Ello lo trataremos en el estudio del pago por consignación y de la mora del acreedor.

Las hipótesis planteadas por el Código Civil, en su numeral 1224, son las cinco que mencionamos a continuación:

(1) ***Pago hecho al acreedor.***

Esta es la forma común de efectuar un pago, vale decir, ejecutarlo en favor del acreedor de la prestación.

Como enseña el Doctor H. Gustavo Palacio Pimentel[5], hay uniformidad en doctrina para determinar las personas a las cuales puede hacerse el pago. Ellas son:

(a) A la persona a cuyo favor estuviese constituida la obligación, esto es, al acreedor originario, salvo que hubiese cedido el crédito y se haya notificado con dicha cesión al deudor; en este caso se pagará al cesionario o a su legítimo representante (con poder suficiente) cuando lo hubiese facultado para recibir el pago (ejemplo, los cajeros de los bancos, los cobradores) o cuando el acreedor no tuviese la libre administración de sus bienes (como el incapaz mayor de edad, el quebrado, etc., en cuyos casos se pagará al curador o al Síndico).

(b) A cualquiera de los acreedores, si la obligación fuese indivisible o solidaria (forma activa).

(c) A cada uno de los acreedores, si la obligación fuese divisible y no fuese solidaria (mancomunada).

(d) Si el acreedor hubiese fallecido, a sus legítimos sucesores.

(e) A los cesionarios o subrogados legal o convencionalmente.

(f) Al que presentase el título de crédito, si éste fuese de pagarés al portador, salvo las excepciones que indica la ley.

Podemos apreciar que en cualquiera de los seis supuestos anotados anteriormente, el pago será hecho o al acreedor o a quien haga sus veces. En el punto (d) es evidente que a la muerte del acreedor, sus sucesores tendrían tal calidad, en tanto que en las hipótesis de los literales (e) y (f), las personas ahí indicadas, si bien originalmente no tuvieron la calidad de acreedores, por las circunstancias allí anotadas luego la tendrían.

---

(5) PALACIO PIMENTEL, H. Gustavo. Op. cit., Tomo I, Páginas 467 y 468.

(2) ***Pago hecho al designado por el juez.***

El pago hecho al designado por el juez no debemos entenderlo dentro del supuesto del pago por consignación. Se trata de un caso distinto, en el que se determina a una persona para recibir el pago.

Así, la orden emanada de una sentencia; o un embargo en forma de intervención, en que se notifica al deudor para que haga los pagos al interventor y no al acreedor.

(3) ***Pago hecho al designado por la ley.***

Cabe también la posibilidad de que la ley (si esta fuese la fuente de la obligación) señalase a una persona distinta al acreedor para que se le efectúe el pago. En este caso, él sería válido.

(4) ***Pago hecho al designado por el acreedor.***

Es posible que el propio acreedor designe a una persona para que reciba el pago. En este caso el deudor deberá acatar tal designación y el pago surtirá efectos plenos.

A nuestro entender, podría tratarse de un nuncio o mensajero, o de un representante o apoderado del acreedor. En ambos supuestos sería de aplicación el precepto bajo análisis.

Pero, como enseñan Cazeaux y Trigo Represas[6], conviene tener presente que el pago al representante es, en definitiva, una variante del pago al propio acreedor, ya que a éste se habrán de imputar los actos de aquél.

En tal orden de ideas, Alterini, Ameal y López Cabana[7] en-

(6) CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Tomo II, Página 161.

(7) ALTERINI, Atilio Aníbal, AMEAL, Oscar José y LOPEZ CABANA, Roberto M. Op. cit., Tomo I, Página 109.

señan que el pago debe ser hecho al tercero indicado o "**adjectus solutionis gratia**", o "**adjectus solutionis causa**", que es quien ha sido señalado para percibir el crédito.

El "**adjectus**" -a entender de los profesores citados- se diferencia del mandatario, porque éste tiene "poder" para recibir el pago, en tanto que aquél está simplemente investido de una "cualidad" para percibirlo. Esa cualidad de ser **accipiens** surge "de un derecho propio, abstracto", sin perjuicio de la relación interna que tenga con el acreedor; pues en la relación interna, el "**adjectus**" puede ser, en realidad, mandatario del acreedor, o el beneficiario titular activo del crédito, etc. Por el carácter abstracto que reviste el derecho del tercero indicado para el pago, una vez designado, el acreedor no puede dejar unilateralmente sin efecto su designación: el pago debe hacérsele a él "aunque lo resista el acreedor."

Pero -agregan-, puestos de acuerdo el acreedor y el deudor, tal designación es revocable, a menos que el tercero indicado ya "la hubiese aceptado y hécholo saber al obligado."

(5) ***Pago hecho a persona no autorizada.***

El último supuesto de validez del pago contemplado en el artículo bajo comentario, es aquel efectuado a persona distinta del acreedor (se entiende también, en este caso, a persona diferente de la señalada por el acreedor, por el juez o por la ley), pero que, recibido por ésta, es ratificado por el acreedor o éste se aprovecha del mismo.

Es el caso del pago efectuado a un tercero. Como dice Ernesto Clemente Wayar[8], según el Diccionario de nuestra Lengua, destinatario es "la persona a la que va dirigida o destinada una cosa". Si tomáramos intacta esta acepción y procurásemos explicar con ella los problemas que plantea la intervención de los ter-

(8) WAYAR, Ernesto Clemente. Op. cit., Tomo I, Páginas 325 y siguientes.

ceros, obtendríamos dos conclusiones: (1) De destinatario del pago sólo cabría hablar en las obligaciones de dar cosas; más exactamente, cuando se entrega o remite cosas, éstas van dirigidas, necesariamente, a un destinatario; en las obligaciones que constituyen un puro hacer, así como en las de no hacer, sería impropio hablar de destinatario; (2) Por la estructura del vínculo obligacional, que se integra, desde su origen hasta su extinción, con el deudor y el acreedor, sólo este último podría asumir la condición de destinatario; la intromisión de un tercero implicaría la ruptura de aquella estructura.

Empero -agrega el citado profesor argentino-, ambas conclusiones son inexactas, pues el pago, por definición, constituye el cumplimiento de una conducta (prestación) que produce o genera un objeto (bien debido) apto para satisfacer el interés del **accipiens**. El objeto no sólo está dado por las cosas; también lo es un servicio, o la utilidad que al acreedor le reporta la abstención de su deudor. Por tanto, cuando se habla de destinatario se alude a aquella persona a quien va dirigido el objeto (cosa, servicio o utilidad) producto de la prestación del **solvens**. Es obvio que si me obligo a pintar una pared, el hecho de pintar (pago) tiene un destinatario, que podrá ser un acreedor o un tercero, pero siempre tiene un destinatario. Es insensato pensar lo contrario, porque la intervención de un tercero como **accipiens** no altera la estructura de la obligación, ya que sólo cabe hablar de "pago al tercero" cuando se produce la extinción del deber del deudor. A decir de Wayar, a diferencia de lo que ocurría en el Derecho Romano, en la actualidad se ha abandonado el quietismo que caracterizaba a los sujetos de la obligación, quietismo que impedía la transmisión del crédito o la deuda. Hoy, la actuación de terceros en reemplazo de las partes es un fenómeno frecuente, que el Derecho no ignora. Por ello, si es el propio acreedor o es un tercero el que recibe el objeto del pago, y si el deber del deudor se extingue, es porque la obligación ha cumplido su ciclo. Precisa Wayar que nada de extraño hay en ello.

Añade Wayar[9] que por vía negativa se puede sostener que,

(9) WAYAR, Ernesto Clemente. Op. cit., Tomo I, Página 352.

en general, aquellas personas distintas del acreedor que no sean representantes ni sucesores de éste, ni hayan sido autorizadas a recibir el pago, ni se comporten como acreedores aparentes, son terceros no autorizados. Por cierto, no es razonable pensar que un deudor, por inocente que sea, va a efectuar el pago a cualquier persona que no sea representante de su acreedor, o que no esté autorizada por éste, o, en fin, que aparente ser ella el acreedor; pero sí es posible que el deudor le pague a una persona relacionada con el acreedor, sin que esa persona se halle en ninguna de las situaciones descritas, y, por tanto, que le pague a un tercero no autorizado, siendo en principio ese pago inválido. No puede ser de otro modo -señala Wayar-, pues el acreedor no tiene por qué afrontar la intromisión de un extraño y, menos aún, desobligar a su deudor sin haber recibido aquello que se le debía. El deudor tampoco puede invocar, como en los casos anteriores, la circunstancia de que se verá obligado a sabiendas o por error inexcusable. Recordemos que el error es excusable cuando circunstancias inequívocas hacen que el deudor se equivoque sobre la persona del acreedor, tratando como tal a un tercero que sólo lo es en apariencia; pero cuando el deudor le paga a un tercero sabiendo que no es el acreedor, no puede pretender que ese pago sea oponible al acreedor que no lo recibió. No hay excusa.

Por último, Wayar expresa que la invalidez del pago trae consigo como consecuencias que el deudor no se desobliga; por tanto, continúa obligado para con el acreedor insatisfecho. El acreedor conserva intacto su derecho y puede accionar judicialmente contra el deudor.

Establece Eduardo B. Busso[10] que el pago hecho a un tercero que no es apoderado del acreedor y que no está en ninguno de los otros casos indicados en el artículo 731 del Código Civil Argentino no extingue, en principio, la deuda. Su único efecto es el de crear una obligación de restituir a cargo de la persona que indebidamente lo recibió, con eventuales responsabilidades por daños y perjuicios si actuó de mala fe.

(10) BUSSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo IV, Página 422.

Agrega el citado tratadista cómo se dice que es nulo el pago hecho a persona que no es mandatario del acreedor. En realidad, no es la idea de nulidad la que debe aplicarse; el acreedor no tiene por qué demandar la nulidad de ese pago, pues su ineficacia se explica pura y simplemente por ser a su respecto **res inter alios acta**.

Este supuesto (el pago hecho a persona no autorizada) comprende, a su vez, tres hipótesis:

(5.1) **Que el acreedor ratifique el pago.**

Supongamos, por nuestra parte, que un deudor debe a su acreedor la cantidad de 10,000 soles, por concepto de renta, los que deberán ser pagados el día 22 de mayo. Pero en dicha fecha, el acreedor se encuentra de viaje; y es el único hijo del mencionado acreedor quien se presenta a cobrar la deuda, y el deudor paga a este último, quien no cuenta con poder alguno que lo faculte a recibir el pago.

En el ejemplo anotado, si el hijo entrega a su padre (acreedor) el monto íntegro de la renta, y el padre, a la vez, comunica a su arrendatario que ratifica el pago recibido por su hijo, podríamos decir que resulta evidente que el pago surtirá todos sus efectos.

Ya se refería Demolombe[11] a que, si el acreedor ratificó el pago que el deudor había hecho a manos de un tercero sin calidad para recibirlo, evidentemente renunció al derecho que tenía de demandar la nulidad de este pago.

Desde entonces es como si este tercero tuviese la calidad de mandatario del acreedor, pues la ratificación equivale retroactivamente a un mandato, el cual deberá ser provisto en el momento del pago. Precisa Demolombe que, en efecto, es desde este momento mismo que data la validez del pago cuya nulidad

(11) DEMOLOMBE, C. Op. cit., Tomo XXVII, Páginas 145 y 146.

originaria desaparece; y añade que esta ratificación puede ser expresa o tácita. Y en ningún caso está sometida a forma especial alguna.

Es así -dice Demolombe-, porque, si bien para la ratificación expresa, no es necesario cumplir con las formalidades a las que el artículo 1338 del Código Napoléon somete la ratificación de una obligación contra la cual admita la ley la acción de nulidad o de rescisión, aquí no se trata de acciones de esta clase, sino de la aprobación del hecho que se produjo.

Por otro lado, señala Demolombe que basta una simple manifestación de voluntad para este efecto.

En cuanto a la ratificación tácita, ésta puede tener como resultado los hechos -cuya apreciación corresponde a los magistrados-, los mismos que testifiquen por parte del acreedor la voluntad de considerar por bien realizado el pago que hizo el deudor a este tercero sin ningún poder.

Por otra parte, nos dice Giorgi[12] que es verdad que no necesita demostración el que un pago mal hecho en manos de quien no tenía la representación del acreedor, o bien del acreedor incapacitado, puede hacerse válido mediante la ratificación o el acto de confirmación. Sólo ha de advertirse que la ratificación puede ser expresa o tácita y la confirmación debe intervenir después que el acreedor haya sido capacitado; v. gr., cuando el menor ha llegado a mayor, o bien debe partir de los legítimos representantes del incapaz. Por lo demás, la ratificación no exige palabras solemnes y puede ser -como ha sido dicho- hasta tácita.

Opina Ernesto Clemente Wayar[13], respecto a este tema, que se trata de una solución lógica, que no requiere mayores explicaciones; puesto que si el acreedor ratifica la percepción del pago por el tercero, lo convierte en un simple mandatario suyo,

(12) GIORGI, Giorgio. Op. cit., Tomo VII, Página 116.
(13) WAYAR, Ernesto Clemente. Op. cit., Tomo I, Página 354.

con lo cual desaparece el problema que aquí nos ocupa. La ratificación, por otra parte, hace presumir que el acreedor está satisfecho con el pago realizado, o bien que no ha sufrido perjuicio alguno; no hay obstáculos, entonces, para afirmar su validez.

Agrega Wayar -en criterio que hacemos nuestro- que la ratificación, por aplicación de las reglas generales, puede ser expresa o tácita. Se entiende que hay ratificación cuando el deudor toma conocimiento, por cualquier medio que pueda ser probado, de la voluntad del acreedor de confirmar la intervención del tercero. No es necesario que la voluntad del confirmante se dirija directamente a ratificar el pago (ratificación expresa), ya que produce el mismo efecto la declaración dirigida a otro fin, pero de la cual se deduzca -por elipsis- que el declarante considera válido el pago (ratificación tácita). Precisa el citado profesor argentino que la doctrina señala como ejemplos de esta especie de ratificación los siguientes: (1) el caso en que el acreedor acusa recibo o comunica que ha tomado conocimiento, sin oponer objeción alguna, del pago realizado al tercero; (2) el caso en que el acreedor interpela o demanda al tercero, reclamándole la restitución de lo que recibió del deudor; (3) el caso en que el acreedor demanda al deudor y deduce las sumas que éste le haya pagado con anterioridad al tercero.

Expresa Wayar, por último, que el simple conocimiento que el acreedor tenía al tiempo de ser efectuado el pago, y aunque no se haya formulado oposición alguna, no equivale a aceptación o ratificación del pago al tercero, salvo que con posterioridad al pago permanezca en actitud pasiva, sin reclamar ni formular oposición.

Por su parte, Cazeaux y Trigo Represas[14] señalan que, por lo demás, al igual que sucede con el mandato, la ratificación puede ser expresa o tácita, y esta última puede realizarse bajo cualquier forma, siempre que se pueda conocer con certidumbre la

(14) CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Tomo II, Página 162.

existencia de la voluntad del acreedor en tal sentido. Así -agregan- se han admitido como supuestos de ratificación tácita, entre otros, los siguientes: el del acreedor que se dirige al tercero reclamándole le gire lo cobrado; el del acreedor que descuenta de un reclamo posterior efectuado a su deudor, la parte anteriormente satisfecha por el tercero; o el del acreedor que acusa recibo a la carta del tercero, en que éste le manifiesta haber recibido un pago por su cuenta; etc.

Refiriéndose Busso[15] a la forma que puede revestir dicha ratificación, señala que, en el caso del pago, puede ser expresa o tácita. Y en ninguno de los dos casos está sometida a formas especiales.

Anota Busso que la ratificación tácita resulta de hechos cuya apreciación incumbe a los magistrados, y que atestiguan de parte del acreedor la voluntad de tener por bien hecho el pago que se ha dejado en manos del tercero, que carecía de poder para recibirlo.

Hay ratificación tácita cuando el acreedor, al demandar al deudor, descuenta la parte que éste pagó al tercero.

Igualmente, cuando el acreedor demanda al tercero que recibió el pago para que le restituya lo que ha recibido del deudor.

También hay ratificación tácita si el acreedor acusa recibo o la carta del tercero que ha recibido el pago, y le ordena que gire la suma recibida.

Considera Busso que una vez operada la ratificación, ella habrá tenido por efecto validar definitivamente el pago, aun cuando el acreedor, por la insolvencia del tercero, no pudiera recuperar de él aquello que el deudor le pagó; además los mismos principios que rigen la prueba de las obligaciones son aplicables a la prueba de la ratificación del pago.

(15) BUSSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo IV, Página 424.

Señala Busso que la prueba de la ratificación incumbe -por aplicación de principios comunes- a quien la invoca.

En principio -dice-, la ratificación equivale a la autorización previa, en forma tal que sus efectos se retrotraen al momento en que se celebró el acto que se ratifica.

(5.2) ***Que el acreedor no ratifique el pago y no se aproveche de él.***

En el supuesto de no ratificación por el acreedor, el principio general establecido por el artículo 1224 del Código Civil es que dicho pago no se considerará válido, lo que equivale a decir que el deudor continuará debiendo dicha prestación a su acreedor, pues la obligación no se ha extinguido.

Este sería el caso en el cual quien cobró (el hijo del acreedor -para el ejemplo que anotamos al comenzar el tratamiento del supuesto (5.1)-) se gaste la integridad del dinero recibido, o simplemente no lo comparta con el acreedor (su padre). En esta hipótesis, al no haber habido ratificación y al no haberse aprovechado el acreedor del pago, éste será inválido.

Pero dicha no ratificación del pago efectuado por el deudor a tercera persona, no siempre acarreará la consecuencia señalada, pues el principio tiene una excepción, que analizamos seguidamente.

(5.3) ***Que el acreedor no ratifique el pago, pero sí se aproveche de él.***

Podrá ocurrir que el acreedor no ratifique el pago, pero sí se aproveche de él, como sería el caso en que el hijo, en el ejemplo propuesto, cumpla con entregar a su padre el dinero recibido o ejecute -con dicha prestación- alguna obra en directo beneficio patrimonial de su progenitor.

Ya decía Pothier[16] que otro caso en que un pago resulta válido, aun cuando se haya hecho a una persona que no tenía cualidad para recibir, es cuando la suma pagada resulta en lo sucesivo en beneficio del acreedor; cita como ejemplo el caso de que haya servido para liberar al acreedor de lo que él debía.

Este es también otro de los supuestos anotados por Demolombe[17], y puede ser el caso en el cual el tercero usó la cantidad recibida para saldar una deuda del acreedor, una deuda, por ejemplo, que éste tenía interés en saldar antes que todas las demás.

Se pregunta Demolombe cómo podría el acreedor llegar a demandar un segundo pago, ya que entonces eso indicaría que él recibiría dos veces, y que se enriquecería a expensas de los demás; agrega que, obviamente, si el acreedor sólo aprovechó en parte el pago, éste sería válido sólo hasta ese monto.

Coincidimos con Giorgi[18] cuando manifiesta que, según su propio entender, para que pueda hablarse de versión útil, el provecho ha de ser permanente; de manera que si en el momento en que el acreedor pide y el deudor alega haber ya pagado, el provecho se ha desvanecido, la excepción no tendrá ya fundamento. Pero aun afirmándose en esta doctrina, no oculta que la apreciación de las circunstancias adecuadas para demostrar la permanencia del provecho producirá cuestiones de hecho que han de abandonarse al buen criterio del juez. Si la versión útil fuese parcial, el pago quedaría confirmado hasta donde alcanzase el provecho.

Es importante la opinión de Giorgi en el sentido de que no es inútil preguntarse si el deudor, cuando se da cuenta que ha pagado imprudentemente en manos del menor o del incapacitado y halle al padre o al tutor reacios para la aprobación, tiene la fa-

(16) POTHIER, Robert Joseph. Op. cit., Segunda Parte, Página 204.
(17) DEMOLOMBE, C. Op. cit., Tomo XXVII, Páginas 146 y 147.
(18) GIORGI, Giorgio. Op. cit., Tomo VII, Páginas 115 y 116.

cultad de reclamar la restitución. Y nos parece, al igual que al maestro italiano, que en buena justicia no se puede discutir este derecho, pues sería inútil objetar que de los dos contratantes sólo el incapacitado tiene derecho a hacer anular las obligaciones afectadas de nulidad por vicio de incapacidad. Según Giorgi, la respuesta es fácil. Aquí no se pretende anular obligaciones, sino más bien sostenerlas vivas; porque el deudor no pone en duda su deuda, sino pretende solamente evitar el daño de un pago mal hecho haciéndose restituir la suma desembolsada para pagarla después a los legítimos representantes del incapacitado. Sería mala fe -según Giorgi- rehusar la aprobación del pago y al mismo tiempo oponerse a la restitución del dinero desembolsado; porque resultará lo mismo que obligar al deudor a pagar dos veces y a sufrir un daño, cuando puede evitarlo sin perjuicio del menor.

Agrega Giorgi que no obstante el silencio de los Códigos Civiles -respecto a este punto-, no hay que dudar para incluir en la regla el caso en que el pago ha sido hecho a quien, aunque no representase al acreedor, acudió solícito a entregar en manos de éste la suma recibida. Imposible hallar un provecho más evidente.

En similar sentido, anota Raymundo M. Salvat[19] que, por excepción, el pago hecho a un tercero que no tuviese poder para recibirlo, es válido cuando ha redundado en provecho del acreedor; en cuanto se hubiese convertido en utilidad del acreedor, y, por consiguiente, en el todo, si la totalidad del pago le hubiese sido útil. Cita Salvat como ejemplo el supuesto de si la persona que recibió el pago de una suma de dinero, la invirtió en el pago de contribuciones directas adeudadas por fincas del acreedor o si pagó en todo o en parte una hipoteca que gravase alguna de sus propiedades. Si el acreedor pudiese en este caso exigir de nuevo el pago, se enriquecería con perjuicio de su deudor.

En el mismo orden de ideas, opinan Luis Diez Picazo y Antonio Gullón[20] que si bien es cierto, como regla general, que el

(19) SALVAT, Raymundo M. Op. cit., Tomo II, Página 244.
(20) DIEZ PICAZO, Luis y GULLON, Antonio. Op. cit., Tomo II, Páginas 241 y 242.

que paga a quien no es su acreedor no queda liberado, hay que tener en cuenta la excepción de que será válido el pago hecho a un tercero en cuánto se hubiese convertido en utilidad del acreedor.

Anotan los profesores españoles citados que el deudor queda liberado sólo si prueba que ha aprovechado a aquél (como sería el caso en el cual quien lo recibió se lo entregó, o el verdadero acreedor dispone de la prestación que está en poder del tercero). Pero no parece legitimar el precepto citado cualquier destino que el tercero dé unilateralmente a lo cobrado, salvo que el verdadero acreedor lo consienta o aproveche sus ventajas.

Señalan, por otra parte, que el ingreso en una cuenta bancaria, cuando se paga una obligación pecuniaria, por iniciativa del **solvens**, habrá de entenderse que no determina, en principio, un verdadero pago. Deberá considerarse al Banco como un tercero, de manera que el pago será válido si se hubiere convertido en utilidad del acreedor. Sin embargo, una posterior conformidad del acreedor al medio de pago es suficiente para ratificarlo. La conformidad puede deducirse -a entender de los citados tratadistas-, del conocimiento del ingreso en cuenta y de la pura abstención o silencio ante ello.

En cambio -anotan Diez Picazo y Gullón-, es plenamente válido el pago mediante el ingreso, cuando así se haya acordado entre deudor y acreedor, siendo el Banco entonces la persona designada para recibir la prestación (**adiestus solutionis gratia**); y debe llegarse a la misma solución si hay una previa conformidad tácita (por ejemplo, indicación por el acreedor en membretes o impresos de su cuenta o cuentas bancarias).

Así también, Eduardo B. Busso[21] señala que se convalida el pago al tercero en la medida en que se hubiera convertido en utilidad del acreedor. La solución se funda en el principio del enriquecimiento sin causa; agrega que este principio, en el caso

(21) BUSSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo IV, Páginas 422 y 423.

apuntado, no funciona como fuente de obligaciones -según ocurre habitualmente-, sino como modo de extinción de ellas.

A entender de Busso, la convalidación se opera en la medida de la utilidad sobrevenida al acreedor, no interesando el monto de lo pagado por el deudor al tercero. De ahí que pueda haber diferencias entre uno y otro importe.

Adicionalmente, expresa que si la utilidad es menor que el monto de la deuda, la convalidación es parcial.

Agrega Busso que igualmente podrá ocurrir, por el contrario, que mediante el pago al tercero, el deudor haya brindado al acreedor una utilidad que exceda el importe de su deuda: A, deudor de B, por valor de cien, cancela una deuda de B hacia C, por valor de doscientos. En este caso, aparte de extinguirse la obligación, podrá nacer un crédito de A frente a B, siempre que se cumplan los requisitos impuestos por las disposiciones legales aplicables (empleo útil, gestión de negocios, etc.).

Enseña Busso que es cuestión de hecho la de determinar cuándo y en qué medida ha existido utilidad; señala que habría utilidad, por ejemplo, si el deudor hubiera invertido el dinero en pagar deudas del acreedor que éste tuviera interés en saldar.

Precisa además que los autores exigen ese requisito: debe tratarse de deudas que el acreedor "tuviera interés en saldar", como por ejemplo, si fuera inminente su ejecución, si fuera una deuda "amenazadora", etc.

Considera el citado tratadista que el pago de una deuda del acreedor, de esta suerte, produce un doble efecto: (a) respecto de su acreedor a quien el pago ha beneficiado; (b) efecto indirecto: pagando el **solvens** como tercero, se subrogará en los derechos del acreedor de su acreedor, y podrá oponer a éste en compensación dicho crédito cuando le sea reclamada su propia deuda.

Por último, establece Busso que debe entenderse que la utilidad se ha producido cuando el pago, en su momento, ha benefi-

ciado el patrimonio del acreedor. No es necesario que esa utilidad perdure indefinidamente: aunque ella desapareciera con posterioridad, el beneficio habría existido y en esa medida se habría extinguido el crédito.

En opinión de Ernesto Clemente Wayar[22], esta solución es lógica, y se funda en la necesidad de evitar que el acreedor se enriquezca sin causa a costa de su deudor; pues, si el pago al tercero le es útil al acreedor, y no obstante ello se le da a éste acción para reclamar la totalidad de la deuda, se estará permitiendo que el acreedor obtenga un doble beneficio: la utilidad que le reportó el pago al tercero, y el segundo pago que puede obtener del deudor; de modo que para evitar esa situación injusta, los Códigos consideran válido el pago al no autorizado, en la medida de la utilidad que obtuvo el acreedor.

Wayar propone el siguiente ejemplo, el mismo que traducimos en moneda nacional: supongamos que Juan le adeuda a Pedro 1,000 soles y le paga a Pablo -tercero no autorizado- esos 1,000 soles; sin embargo, ese pago sólo le es útil a Pedro hasta la cantidad de 600 soles, porque esta es la suma que el acreedor debía al tercero. Así las cosas, Pedro conserva contra el deudor, Juan, acción para reclamar los restantes 400 soles de su crédito, que si bien fueron recibidos por Pablo, a Pedro no le fueron útiles. Juan estará obligado a pagar esos 400 soles, pero, al mismo tiempo, tendrá acción contra Pablo para que le restituya idéntica cantidad, ya que el pago que hizo no tenía causa.

Debe entenderse, como señala el Doctor León Barandiarán[23], que si el acreedor se aprovechase del pago, "...no habría razón para que el acreedor exigiera un nuevo pago, pues el primeramente efectuado en verdad ha cumplido con su función de favorecerlo; si tal exigencia se llevara a cabo, el acreedor se enriquecería indebidamente a costa del deudor. De aquí que el efecto liberatorio del pago, que ha sido de utilidad para el acree-

(22) WAYAR, Ernesto Clemente. Op. cit., Tomo I, Página 355.
(23) LEON BARANDIARAN, José. Op. cit., Tomo II, Página 277.

dor, no tiene lugar sino en la parte correspondiente a dicha utilidad; por el resto, el acreedor tendrá derecho a demandar al deudor."

Al haber aprovechado el acreedor del pago, éste tendrá efecto cancelatorio (extinguirá la obligación). Entendemos que, a pesar de no haberse señalado expresamente en el Código Civil Peruano, cabe también la posibilidad de que la prestación cobrada por un tercero aproveche sólo parcialmente al acreedor de la misma, supuesto en el cual, deberá entenderse que el efecto liberatorio del pago efectuado será también parcial.

Recapitulando diremos que, de lo antes señalado, y luego de analizar los supuestos que el Código Civil Peruano de 1984 contempla en relación al destinatario del pago, podemos concluir reflexionando en el sentido de que todos ellos apuntan al hecho o situación de que el acreedor vea satisfecho su crédito, más allá de cuál es la persona que recibe el pago.

Si el pago lo recibiera el propio acreedor, será evidente que él extinguiría la obligación, más allá del destino que el acreedor dé al pago recibido. Esto último sería irrelevante, jurídicamente hablando.

En caso de que el pago sea efectuado al designado por el juez, resulta evidente que dicha medida sería adoptada por los tribunales en resguardo de los intereses de un tercero, ante la negativa del propio acreedor que tuviera la calidad de deudor en otra obligación (cuyo ejemplo típico es la obligación alimentaria).

En el caso del pago al designado por la ley, será la propia norma legal la que disponga quién es el sujeto activo de la relación obligacional.

Otro supuesto contemplado por el artículo 1224 del Código Civil Peruano es el del pago efectuado a persona designada por el propio acreedor. Será este el caso en el cual el acreedor nombre un representante, o simplemente un nuncio o mensajero, para que efectúe el cobro de la deuda. Sería evidente, en este caso,

que el acreedor buscará de esta forma satisfacer sus intereses en la relación obligacional. El pago así efectuado redundará, sin lugar a dudas, en beneficio del acreedor.

Es el último supuesto contemplado por el artículo 1224 del Código Civil el que reviste mayor interés jurídico, lo cual ha quedado demostrado a lo largo de nuestro análisis del mismo. Se trata de la hipótesis en que el pago haya sido hecho a persona no autorizada y el acreedor luego lo ratifique o se aproveche de él. Como es evidente, en estos dos casos el acreedor habrá asentido en el pago de manera expresa o tácita, habiéndose beneficiado por efectos del mismo.

Es claro que en estas dos hipótesis el pago revestirá validez y surtirá plenos efectos. En caso contrario, es decir, si no se cumpliesen los requisitos mencionados por la última parte del artículo bajo comentario, estaríamos en presencia de un pago inválido.

Para finalizar, debemos decir que no obstante no estar comprendido dentro de los casos previstos por el artículo 1224 del Código Civil, compartimos el criterio de Giorgi[24], cuando sostiene que si aquel en cuyas manos se pagó equivocadamente lo que se debía a otro, se convierte en heredero o cesionario de este último, el pago quedaría confirmado.

- ***Jurisprudencia peruana del artículo 1224.***

En referencia al tema de la persona autorizada para recibir el pago, podemos citar las siguientes Ejecutorias Supremas:

I.- "Extingue la obligación el pago hecho por mandato judicial." Ejecutoria del 22 de abril de 1899, Calle "Vistas Fiscales", Tomo I, Página 51. (Artículo 1238 del Código Civil de 1936).

II.- "El pago hecho por quien compra mercaderías al empleado

---

(24) GIORGI, Giorgio. Op. cit., Tomo VII, Página 116.

de una casa comercial, que no está facultado para recibir el precio, no extingue la obligación. El dueño de dichas mercaderías tiene derecho a que se le pague el precio de aquéllas." Anales Judiciales, 1912, Página 112. (Artículo 1238 del Código Civil de 1936).

III.- "El pago hecho por un Banco al hijo de un correntista, que lleva el mismo nombre de éste, extingue la obligación de aquél porque la existencia del homónimo debió ser esclarecida por el mismo correntista." Anales Judiciales, 1927, Página 232. (Artículo 1238 del Código Civil de 1936).

IV.- "El Banco girado que paga indebidamente el valor de un cheque a persona que no aparece con derecho a cobrarlo, por no ser endosatario, está obligado a reintegrar el valor de dicho cheque a su verdadero dueño y a pagar intereses legales por concepto de daños y perjuicios." Revista de Jurisprudencia Peruana, 1958, Página 86. (Artículo 1238 del Código Civil de 1936).

V.- "No surte los efectos del pago la consignación de la merced conductiva hecha a favor de persona extraña, sin derecho a percibirla, si el conductor tenía conocimiento de este hecho." Ejecutoria del 26 de mayo de 1964. Revista de Jurisprudencia Peruana, Número 250, 1964, Página 1330. (Artículo 1238 del Código Civil de 1936).

VI.- "No extingue la obligación el pago de la merced conductiva hecha a persona no autorizada por el propietario, si éste no lo ratifica." Ejecutoria del 3 de abril de 1968. Revista de Jurisprudencia Peruana, Número 294, 1968, Página 859. (Artículo 1238 del Código Civil de 1936).

VII.- "Teniendo el mediador de comercio la calidad de auxiliar autónomo de comercio, sin vínculo de dependencia con el ofertante, sus actos no obligan a éste.

No extingue la obligación el pago hecho a un agente mediador de comercio que no está autorizado para recibirlo, ni

tampoco premunido de los respectivos recibos, más aun si el presunto beneficiario no ha ratificado dicho pago ni se ha aprovechado de él." Ejecutoria del 15 de noviembre de 1972. Revista de Jurisprudencia Peruana, Número 347, 1972, Página 1534. (Artículos 1238 y 1241 del Código Civil de 1936 y 1226 del Código Civil de 1984).

VIII.- "El Código de Comercio y la Ley 16587 de Títulos-Valores reconocen el endoso en blanco como una de las formas de transmisión de las letras de cambio.

Sólo en caso de mala fe se puede privar de justificación al tenedor del título.

El pago que no se hace al acreedor o al designado por el juez o por la ley no extingue la obligación. Tampoco la extingue el deudor que paga a su acreedor después de estar notificado para que no lo verifique." Ejecutoria del 10 de julio de 1973. Revista de Jurisprudencia Peruana, Número 356, 1973, Página 1117. (Artículos 1238 y 1242 del Código Civil de 1936 y 1228 del Código Civil de 1984).

IX.- "Las consignaciones hechas a persona distinta al acreedor, no surten sus efectos, lo que no se salva con la indicación posterior de que dichas consignaciones se entiendan con el acreedor." Ejecutoria del 7 de septiembre de 1979. Normas Legales, Número 98, 1979, Página 342. (Artículos 1238 y 1259 del Código Civil de 1936, 1251 del Código Procesal Civil y 1252 del Código Civil de 1984).

X.- "El pago efectuado a una persona que dejó de representar a la firma demandada, no surte efectos, tal como lo preceptúa el artículo 1238 del Código Civil de 1936, y siendo ésta la situación jurídica, una de las partes del contrato no puede pedir el cumplimiento de la prestación a cargo de la otra, si ella no cumplió la que le concierne, según lo establece el artículo 1342 del citado Código." Ejecutoria del 3 de junio de 1985. "El Peruano", Número 14141, 3 de marzo de 1986. (Artículo 1238 del Código Civil de 1936).

- ***Concordancias nacionales.***

Representación, artículo 145 del Código Civil / Ratificación de los actos practicados por el representante sin poder, artículo 162 del Código Civil.

- **PAGO EFECTUADO A PERSONA QUE GOZA VEROSIMILMENTE DE LA CALIDAD DE ACREEDOR. PRESUNCIONES.**

Artículo 1225.- "*Extingue la obligación el pago hecho a persona que está en posesión del derecho de cobrar, aunque después se le quite la posesión o se declare que no la tuvo.*"

- ***Fuentes nacionales del artículo 1225.***

Dentro de la legislación colonial, puede mencionarse a la *Ley de las Siete Partidas*, Ley 6, Título XIV, Partida Quinta: "**Mandando algún ome a su debdor, que aquello quel deuisse, que lo pagasse a otro alguno que le señalasse ciertamente; si después desso le defendiesse que gelo non pagasse... non sabiendo que lo auía defendido el que gelo mandara pagar, entonce sería quito del debdo el debdor también como si lo ouisse pagado a el mismo.**"

El artículo 1225 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*, trató el tema en el numeral 834: "El pago hecho de buena fe al que está en posesión del crédito es válido,

aunque después la posesión sea vencida en juicio."; en tanto que el *Código Civil de 1852*, lo hizo en el artículo 2221: "Extingue la obligación: el pago hecho a persona que está en posesión de cobrar, aunque después se le quite la posesión o se declare que no la tuvo."; el *Proyecto de Código Civil de 1890*, en el numeral 2902: "Extingue la obligación el pago hecho a persona que está en posesión del derecho de cobrar, aunque después de verificado, se le prive de esa posesión, o se declare que ya la había perdido cuando cobró, siempre que en el último caso, no se haya dado al deudor oportuno aviso de que el cobrador había cesado en el cargo."; el *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925*, en el artículo 203: "Extingue la obligación el pago hecho a persona que está en posesión de cobrar, aunque después se le quite la posesión o se declare que no la tuvo."; el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926*, en el artículo 193: "Extingue la obligación el pago hecho a persona que está en posesión de cobrar, aunque después se le quite la posesión o se declare que no la tuvo."; el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936*, en el numeral 1230: "Extingue la obligación el pago hecho a persona que está en posesión del derecho de cobrar, aunque después se le quite la posesión o se declare que no la tuvo."; y el *Código Civil de 1936*, en el artículo 1239: "Extingue la obligación el pago hecho a persona que está en posesión del derecho de cobrar, aunque después se le quite la posesión o se declare que no la tuvo."

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 su artículo 89: "Extingue la obligación el pago hecho a persona que esté en posesión del derecho de cobrar, aunque después se le quite la posesión o se declare que no la tuvo."; mientras el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980*, lo hizo en el numeral 92: "Es válido el pago hecho de buena fe a persona que, de modo aparente, goza verosímilmente de la calidad de acreedor, aunque luego se establezca que carecía de tal calidad."; el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981*, en el artículo 1246: "Es válido el pago hecho de buena fe a persona que, de

modo aparente, goza verosímilmente de la calidad de acreedor, aunque luego se establezca que carecía de tal calidad."; y el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984*, en el numeral 1193: "Extingue la obligación el pago hecho a persona que está en posesión del derecho de cobrar, aunque después se le quite la posesión o se declare que no la tuvo."

- ***Fuentes y concordancias extranjeras.***

Coinciden con el artículo 1225 del Código Civil Peruano, entre otros, los Códigos Civiles Francés (artículo 1240), Portorriqueño de 1930 (artículo 1118), Mexicano (artículo 2076), Panameño (artículo 1051), Proyecto de Código Civil Colombiano (artículo 561, segundo párrafo), Ecuatoriano (artículo 1619, segundo párrafo), Uruguayo (artículo 1455), Hondureño (artículo 1429), Venezolano de 1942 (artículo 1287), Venezolano de 1880 (artículo 1186), Chileno (artículo 1576), Paraguayo de 1987 (artículo 551, literal d)), Brasileño (artículo 935), Español (artículo 1164), Guatemalteco de 1973 (artículo 1389), Anteproyecto Paraguayo de Luis de Gásperi (artículo 808), Argentino (artículo 732 -utilizando en lugar de la expresión "derecho a cobrar", los términos "hecho al que está en posesión del crédito"-) y el Código Civil de la Provincia de Québec (artículo 1145).

El Código Civil Italiano de 1942 (artículo 1189) establece que el deudor que realiza el pago a quien aparece legitimado para recibirlo en virtud de circunstancias unívocas, queda liberado si prueba haber procedido de buena fe. Quien ha recibido el pago está obligado a la restitución frente al verdadero acreedor, según las reglas establecidas para la repetición de lo indebido.

Por su parte, el Código Civil Boliviano de 1831 (artículo 831) establece que el pago hecho de buena fe al que está en posesión del crédito es válido, aunque después la posesión sea vencida en juicio.

Por último, el Código Civil Etíope (artículo 1743, segunda parte) prescribe que el pago es igualmente válido, si fue hecho de

buena fe a persona que está en posesión del título de crédito o a un heredero aparente.

- ***Análisis.***

El artículo 1225 del Código Civil Peruano de 1984, trata el tema del pago efectuado a persona que goza verosímilmente de la calidad de acreedor[1].

(1) Demolombe (DEMOLOMBE, C. Op. cit., Tomo XXVII, Páginas 147 y siguientes.) trataba el tema con ocasión del análisis al artículo 1240 del Código Napoléon. Lo hacía de manera magistral. Hemos querido rescatar el íntegro de su razonamiento a este respecto:
"Ciertamente, esta excepción es más completa que las otras; ¡se puede decir que es radical!
El pago no se hizo al acreedor ni a su representante; sino a una persona sin derecho;
El acreedor no lo ratificó;
No lo aprovechó;
No sucedió a la persona que lo recibió.
Y no obstante, el pago ¡es válido!, ¡es válido, aunque lo herede, aun cuando la persona que lo recibió fuese insolvente y no pudiera devolver al acreedor la cosa que se le pagó indebidamente!
¿Pero cómo entonces? Nuestros ancestros decían: 'Quien debe a Luc, y paga a François, paga otra vez'.
¡He aquí nuestro hecho!
Yo debía a Luc, y pagué a François. Sin embargo no pagaría dos veces. ¿Por qué?
Hay dos motivos que justifican muy bien esta excepción en la hipótesis a la que el legislador la aplica, y que vamos a exponer.
Por una parte, ¡el deudor es irreprochable! no podía abstenerse de hacer lo que hizo; él pagó al que representaba el crédito, y a quien, por decirlo así, lo personificaba; a aquel que podía exigir el pago, y que quizá aun lo exigió.
Por otra parte, el acreedor puede no estar libre de reproches. ¿Por qué no ejerció él mismo su derecho? ¿Por qué dejó que se produzca una situación que sería una trampa para el deudor, si no se le atendía? Si él no pudo impedirlo, es una desdicha para él; y es él quien debe sufrir las consecuencias.
Debemos agregar que la liberación es favorable; que por todos los actos el pago es aquél en el que quizá importa más dar la seguridad, la solidez; ¡pues es un acto necesario!, y en la hipótesis que veremos, no se le habría podido declarar nulo sin llenar al comercio de la vida civil, de grandes perturbaciones.

Sin embargo, si bien justifica que ésta pudiera aparecer, su excepción no es menos grave.
Es muy importante precisar las condiciones en que se admite esta liberación.
Las condiciones son dos:
1° Que el deudor sea de buena fe;
2° Que el acreedor esté en posesión del crédito.

(1) La primera condición es muy sencilla.
Se requiere que el deudor haya sido de buena fe, es decir que haya creído lealmente entregar la cosa debida al verdadero acreedor, puesto que él la entregaba a una persona sin derecho.
También se debe notar que esta buena fe del deudor debe inspirarse por este hecho de que la persona sin derecho a la que pagó, estaba en posesión del crédito.
Las dos condiciones están unidas, la primera se relaciona a la segunda.
No bastará una buena fe cualquiera del deudor, incluso la más sincera, si ésta no se basara en la primera condición.
Tenemos aquí a un deudor que en su inocencia, ignorante, cree poder pagar a Pierre lo que le debe a Paul, porque Pierre tiene la retención material del acto por el cual está obligado con respecto a Paul.
¡No será liberado!
En efecto, ¡esto es la ignorancia y la inocencia!
¡Legalmente no es la buena fe!
¿Es necesario que para considerar al deudor de buena fe, haga que la persona sin derecho presente el título del crédito en manos del que pagó?
El texto no lo exige;
¡Ni la razón tampoco!
La disposición del artículo 1240 (del Código Napoléon) es general; ésta se aplica en los créditos que no se comprueban por un acta escrita, al igual que en aquellos que se comprueban por un acta escrita.
Es imposible exigir absolutamente como prueba de la buena fe del deudor que éste haga representar el acta escrita comprobando el crédito.
Sin embargo, digamos también que en el caso en que efectivamente existe un acta escrita del crédito, sería natural poner en duda su buena fe por la circunstancia en la que el deudor no habría demandado la representación al individuo sin derecho, en manos del que pagó.
Esta se convierte entonces en una cuestión de hecho.
Lo que hemos dicho anteriormente anunció que reconocemos en el deudor el derecho de demandar la representación del título del cré-

dito, y mejor aún: la justificación de su calidad de verdadero acreedor, a cualquiera que se le presente para reclamarle el pago.
Sin embargo, Toullier enseñó una doctrina contraria: 'El poseedor de la sucesión, dice él, podría exigir todos los créditos que componen la herencia, sin que los deudores pudiesen poner en duda su calidad de heredero, ni probar que existen otros herederos que tienen el derecho de compartir con él o incluso el derecho de excluirlo.'
¡Pero el artículo 1240 no dice nada similar!
Por el contrario, el principio fundamental de nuestra materia es que el deudor sólo puede pagar válidamente en manos del verdadero acreedor (artículo 1239).
Y como consecuencia, es su indiscutible interés como su indiscutible derecho de asegurarse que aquél que demanda el pago es realmente el verdadero acreedor.
La excepción que el artículo 1240 aporta a este principio no se fundamenta en este motivo, ¡por el que el deudor no tendría derecho de verificar la calidad del poseedor del crédito!
El motivo en el que se fundamenta es precisamente ¡porque él es de buena fe!; es en tal sentido que no se le ocurrió profundizar en esta situación y son estas apariencias por las que se pudo equivocar, sin que se fundamente en hacerle un reproche.
Toullier también fue corregido por su juicioso anotador Duvergier, quien añade que 'se puede rechazar seriamente al deudor la facultad de establecer que el portador del título no es heredero.'
La buena fe sólo la exige el deudor que paga.
Poco importa, decimos nosotros, para la validez del pago en lo que respecta al deudor de buena fe, quién hace el pago en sus manos.
La circunstancia del individuo sin derecho, quien recibió el pago, y quien era de mala fe, no cambia en nada la situación del deudor mismo.
Salvo el derecho del verdadero acreedor de tomar las conclusiones más duras contra el que recibió de mala fe, que contra el que recibió de buena fe.

(2) La segunda condición que exige el artículo 1240 para que el pago sea válido, es que éste haya sido dado a aquél que estaba en posesión del crédito.
Entonces, ¿Qué es el crédito?
Es el derecho personal que resulta de la obligación en beneficio del acreedor contra el deudor.
¡Entonces poseer este derecho es poseer una cosa incorpórea!
Pero, ¿cómo puede darse esto?
En los términos del artículo 2228: 'La posesión es la retención o el goce de una cosa o de un derecho que tenemos o que ejercemos por nosotros mismos o por otro, que tiene la posesión o la ejerce en nuestro nombre.'
Es evidente que la posesión por el artículo 1240 no consiste en la

retención de una cosa, puesto que se trata de una cosa incorpórea: '**quae tangi non potest**.'
Entonces, ¿consiste, puede consistir, en el goce del derecho?
¡Tampoco!
¿Cuál es el hecho de goce por el que se puede ejercer un derecho de crédito?
¡Es el hecho por el cual se recibe el pago!
¡Además es evidente que la posesión no consiste tampoco en tal ejercicio que exige el artículo 1240, pues si se produjo este ejercicio ya no habría más crédito, y nunca podría existir esta pretendida posesión puesto que el acto mismo que debía originarla tendría por resultado el aniquilarla!
Y luego resultaría verdaderamente una consecuencia absurda: ¡el pago podría realizarse al primero que llega!
Las palabras 'en posesión del crédito' de nuestro texto dieron un sentido especial.
Esto significa que aquel a quien se le dio el pago debe tener lo que nosotros podríamos llamar la posesión del estado de acreedor; una posesión en la que el crédito debe residir en su persona, y si no es él el verdadero acreedor, que entonces el deudor lo crea como tal y con justa razón, como dice Pothier.
¡El poseedor del crédito es entonces aquél que desempeña el papel de acreedor y que de alguna manera lleva puesta su máscara!
Es el acreedor aparente y putativo.
Esta explicación prueba suficientemente que no se debe considerar como poseedor del crédito a aquél que retiene el título, el instrumento (**l'instrumentum**).
Sin embargo, exceptuamos los títulos, los créditos al portador.
Dado que estos tipos de crédito, por así decirlo, se materializan en el título mismo que los comprueba, es cierto que poseer el título es poseer el crédito.
También el pago hecho al portador del título, quien quiera que sea, en este caso está bien realizado.
Esta es también una aplicación de nuestro artículo 1240.
Sin embargo, creemos que es una aplicación por la que no se hizo el pago, y que no se tuvo a la vista, al menos principalmente.
La aplicación que ante todo considera el artículo 1240 se relaciona a los créditos ordinarios, a los créditos nominativos.
Pero estos créditos decimos que no consisten en tener la posesión de estos créditos, sino tener solamente la posesión del título que los comprueba.
El crédito mismo es una cosa incorpórea; no está en el título, ¡no está en ninguna parte más que en nuestra inteligencia..., **nullo continetur loco**!
Dado que el título es nominativo y que designa a la persona del acreedor, ¿qué importa la simple retención que Ud. tiene? ¿esto lo hace acreedor aunque sólo lo sea en apariencia?

Opina Eduardo B. Busso[2] que este tema introduce una innovación en la teoría jurídica del pago, pues normalmente todo

---

¡De ningún modo!
Por último, ¿cuáles son los actos de posesión, los hechos de goce que Ud. puede ejercer sobre este título cuya detentación posee Ud.?
¡No hay ninguno!
Si la posesión de una cosa hace presumir la propiedad, es porque esta posesión permite ejercer efectivamente los derechos que derivan de la propiedad; es porque el poseedor puede tomar, al menos exteriormente, la actitud del propietario.
¿Es que acaso nunca podrá tomar la actitud del acreedor aquel que sólo es poseedor del crédito?
Hemos definido científicamente el sentido que se debe dar a estas palabras del artículo 1240: estar en posesión del crédito.
¿Se debe dar entonces ejemplos?
¡No son necesarios!
Los tomaremos primero del caso de los poseedores de una universalidad de bienes, de un patrimonio.
En efecto, estos son los más importantes o los más comunes.
Tal es el caso en que el pago se entregó al heredero aparente del difunto acreedor, quien luego fue excluido de la sucesión por un heredero más cercano.
Tal es el caso en el que el heredero se hizo restituir contra su aceptación conforme al artículo 783.
Se pueden encontrar los mismos ejemplos en los poseedores a título singular.
Tal es el caso del legatario de un inmueble conforme a un testamento, cuya revocación se había producido por un segundo testamento ignorado desde un principio cuando se le hizo la entrega y a quien habrían pagado los inquilinos o los granjeros lo que le debían, en cumplimiento de sus arriendos.
Tal sería, incluso, el caso en que el crédito se habría cedido, si después del pago que habría hecho al concesionario, se llegaba a anular la concesión rescindida o resuelta.
Si se reconoció que el acto de cesión era falso, ¿debía considerarse al tercero que era su portador como el que estuvo en posesión del crédito?
No lo creemos.
Los mismos argumentos que hemos aportado para decidir que es nulo el pago hecho al portador de una orden falsa, nos llevan a considerar igualmente nulo el pago hecho al portador de un acto falso de cesión.
Entonces no podemos referirnos a esto."
Hasta aquí las valiosas expresiones de Demolombe.

(2) BUSSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo IV, Páginas 413 y siguientes.

pago importa dar al acreedor la satisfacción que corresponde a su derecho, pero en este supuesto se configura un pago que no brinda al acreedor ninguna satisfacción. Ocurre, por otra parte, que un derecho de crédito (interés jurídicamente protegido) se extingue sin que se realice el interés del titular; por lo que corresponde determinar cuáles son las razones particulares que justifican esas derogaciones a los principios generales.

Para encontrar el fundamento de este principio, Busso analiza en primer lugar el tema de la buena fe, señalando que, por lo general, se dice que, la norma excepcional tiende a proteger la buena fe del deudor que pagó a quien creyó era acreedor, por lo que se trataría de un caso en que la buena fe-creencia sirve para convalidar el efecto jurídico de un acto aparente.

Precisa Busso que se invoca también un fundamento vinculado a la diligencia puesta por las partes. Ningún reproche puede hacerse al deudor, que estando compelido a pagar (no se olvide que el pago es un acto necesario), ha pagado a quien aparecía como acreedor. En cambio -a decir de Busso-, el acreedor, por lo general, será pasible de reproches, pues si hubiera tomado el debido cuidado en el ejercicio de sus derechos no se hubiera producido esa sustitución.

Pero para el citado tratadista argentino, estos argumentos no parecen suficientes, porque la norma es aplicable aun cuando ninguna negligencia sea imputable al acreedor que se ha visto sustituido en el cobro del crédito, razón por la cual, no puede decirse que la pérdida del crédito sea una sanción a su negligencia.

Considera que tampoco cabe decir que el principio de la buena fe constituya el fundamento de la norma, ya que también puede haber actuado de buena fe el acreedor que se ha visto sustituido en la posesión del crédito; si la ley, ante dos sujetos que han obrado de buena fe, prefiere a uno de ellos, no es la buena fe (requisito que se cumple en cabeza de ambos) la causa de esa preferencia.

Expresa Busso que quienes fundan la norma en la buena fe

del **solvens** incurren en una confusión, pues toman por fundamento lógico-jurídico de la disposición, lo que sólo es un requisito de aplicación.

En opinión del citado profesor, al margen de las teorías de la buena fe y de la culpa, la norma debe ser vinculada, para su fundamentación, a los principios que rigen el riesgo de las cosas y de los derechos.

Refiere que así como el propietario soporta los riesgos de la cosa (**res perit domino**), así el acreedor -que es un dueño del derecho- debe soportar los riesgos de éste.

Agrega que el hecho de que un tercero haya poseído el crédito y lo haya cobrado, importa una usurpación del derecho y en tal forma constituye la realización de un riesgo a que el derecho estaba sometido. El derecho de crédito, que fundamentalmente es un valor económico, está sujeto como cualquier otro valor a los riesgos de sustracciones, pérdidas, etc.

Además, es de opinión que si el tercero se apoderó del derecho del acreedor, no sería justo que las consecuencias recayeran sobre el deudor.

Finalmente, Busso estima que las razones de orden práctico vinculadas a la celeridad con que deben liquidarse los créditos, aconsejan poner los riesgos a cargo del acreedor, pues, como dice Machado, se introduciría una gran perturbación en las transacciones si se exigiera al deudor una investigación previa al pago.

Por su parte, Salvat[3] opina que la posesión del crédito consiste en "gozar pacíficamente de la cualidad de acreedor". En otros términos: en aparecer a los ojos de todo el mundo como propietario verdadero del crédito, aunque en realidad el propietario verdadero sea otra persona. Salvat cita como ejemplos: 1° el

(3) SALVAT, Raymundo M. Op. cit., Tomo II, Páginas 237 y 238.

del heredero aparente, que cobra los créditos de la sucesión y es después vencido en el derecho a la herencia por otro heredero de grado más próximo o por un heredero instituido en un testamento; 2° el del legatario de un crédito, que ha entrado en posesión de él y cuyo legado es después anulado; 3° el del cesionario de un crédito, cuya cesión es después anulada; etc. Precisa que los pagos efectuados a todos ellos son válidos, aunque esas personas resulten después no haber sido los verdaderos propietarios de los créditos cobrados. Anota Salvat que en el Derecho Romano prevalecía una doctrina contraria.

Por último, Salvat señala que la posesión del crédito no debe ser confundida con la simple tenencia del título del crédito. La primera se relaciona con la cualidad de acreedor y la propiedad del crédito; el poseedor del crédito goza aparentemente de la calidad de acreedor. La segunda, la tenencia del crédito, es un simple hecho material que por sí solo nada significa; el deudor, en efecto, al realizar el pago ha podido informarse si la persona a quien lo verificaba era la misma que aparecía como acreedora o un sucesor suyo; ha podido, en otros términos, saber si la persona que detentaba y presentaba el título de crédito era o no el acreedor de él. Por excepción, la posesión y el título del crédito -refiere Salvat-, se confunden en el caso de documentos al portador, los cuales deben ser pagados, en principio, al que los presente.

Luis Diez Picazo y Antonio Gullón[4] llaman a esta hipótesis "el pago al acreedor aparente", considerando que esta norma es una medida de protección al deudor que honestamente cree que el que le exige el crédito o al que le paga es su acreedor. Esa creencia debe estar basada en una situación de la que resulte lícito estimar como acreedor al que no lo es en realidad (como sería el caso del deudor que paga a quien según un testamento es heredero del acreedor, aun cuando luego se descubra otro testamento en el que se nombre heredero a persona distinta, o cuando

(4) DIEZ PICAZO, Luis y GULLON, Antonio. Op. cit., Volumen I, Página 241.

el deudor pague al acreedor frente a quien contrajo la deuda, ignorando que con posterioridad cedió a otro su crédito).

Por otra parte, expresan los profesores citados, que como quiera que el pago resulta hecho a persona distinta del acreedor, la prueba de la buena fe corresponde al deudor que pretende quedar liberado de la obligación.

Para Jorge Joaquín Llambías[5], el poseedor del crédito o acreedor aparente es quien goza pacíficamente, ante los ojos de todos, de la calidad de acreedor, independientemente de que lo sea o no. El concepto de poseedor, propio de los derechos reales, se aplica acá analógicamente. Así como es poseedor de una cosa quien la tiene bajo su poder con la intención de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad con abstracción de que tenga o no este derecho, por analogía es poseedor del crédito quien se comporta ostensiblemente como acreedor, sin que interese para esta noción que lo sea efectivamente. Agrega Llambías que, por otra parte, este concepto cobra relieve jurídico cuando se disocian en dos personas distintas las calidades de acreedor y de poseedor del crédito, pues mientras permanecen unidas en un mismo sujeto, la primera calificación absorbe a la segunda y justifica ella sola las consecuencias jurídicas a que da lugar.

Refiere el citado tratadista argentino que modernamente se prefiere hablar de acreedor aparente, en lugar de poseedor del crédito, aunque con el mismo alcance, lo que tiene la ventaja de dejar el vocablo "poseedor" para la materia de los derechos reales, y de denominar a aquél por sus notas características, sin perífrasis; metodología con la que han procedido el Código Civil Italiano de 1942 y el Anteproyecto Argentino de 1954. El Anteproyecto Bibiloni y el Proyecto de 1936 mantuvieron la nomenclatura del Código de Vélez Sarsfield.

Considera Llambías que no influye en el concepto de poseedor del crédito, o acreedor aparente, la tenencia material del documento justificativo del crédito o título. Tampoco que "el poseedor sea después vencido sobre la propiedad de la deuda"; porque para calificar la actuación del pagador hay que estar al estado de cosas al tiempo de hacer el pago. Y de cualquier modo el vencimiento posterior no borra la apariencia precedente de ser el "**accipiens**" verdadero acreedor.

(5) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo II - B, Páginas 166 y siguientes.

A decir del citado profesor, por aplicación de las nociones expuestas se considera que son acreedores aparentes, o poseedores del crédito: (1) el heredero aparente, que configura un caso típico, con relación a los créditos del causante; (2) el esposo que actúa como acreedor de un crédito perteneciente a la sociedad conyugal, luego de la disolución de ésta; (3) el cesionario del crédito, luego de pronunciada la anulación de la cesión; (4) el legatario del crédito instituido en un testamento anulado o que resulta revocado; (5) el endosatario de un papel de comercio (título valor) que se funda en un endoso falso; (6) el asegurado que cobra el seguro de un inmueble incendiado en desmedro del acreedor hipotecario.

Anota Llambías que los actos de la falsificación no son idóneos para crear una pacífica apariencia de titularidad del crédito, la cual se apoya en una regularidad de las formas habilitantes, estimando, por ello, que no son acreedores aparentes: (1) el falso cesionario que sustenta su título en un acta de cesión falsificada; (2) el que obra en virtud de un recibo falsificado; (3) el que lo hace en virtud de un poder falsificado.

A entender de Llambías, para que sea válido el pago de que tratamos, es menester que reúna ciertos requisitos. Como primero de ellos, que el "**solvens**" tiene que haber pagado de buena fe, es decir, persuadido de que el "**accipiens**" era el verdadero acreedor, siendo unánime la doctrina de los autores en el sentido de que sin buena fe el pago no es válido, pues sólo en obsequio a la buena fe con que ha obrado el deudor se lo exime de pagar doblemente; y carecería de todo fundamento negarle acción de cobro al verdadero acreedor, si el deudor hubiera pagado conscientemente a una persona distinta y sabiendo, por tanto, que su

pago no sería satisfactorio para aquél; caso en el cual queda el deudor carente de buena fe abandonado a su imprudencia o, peor aún, a su torpeza; y estará precisado a satisfacer nuevamente el pago, ahora al verdadero acreedor, sin perjuicio de repetir el pago sin causa contra quien lo recibió sin título para recibirlo, aunque con el riesgo de que esa acción de repetición resulte ilusoria por la insolvencia del "**accipiens**".

Agrega Llambías que la buena fe supone una convicción firme y segura; consiste en una "creencia sin duda alguna" de que el "**accipiens**" es el verdadero acreedor. La duda sobre el carácter de acreedor del "**accipiens**" excluye la buena fe en el "**solvens**", pues si éste tenía duda estaba precisado a abstenerse de pagar privadamente, y estaba urgido a consignar el pago judicialmente para no privar a quien fuese verdadero acreedor de la utilidad inherente al pago.

Precisa el citado tratadista que la buena fe en el "**solvens**" se presume, supuesto que el pago se haya hecho al acreedor aparente; incumbiendo la prueba sobre el carácter de poseedor del crédito que tenía el "**accipiens**" al "**solvens**", que pretende haber hecho un pago válido para eximirse de pagar nuevamente al verdadero acreedor, a quien le incumbe probar la mala fe del "**solvens**" -o su estado de duda-, puesto que él impugna la validez del pago realizado. Excepcionalmente -piensa Llambías-, le tocaría al "**solvens**" probar su buena fe, cuando fuere incierta la apariencia crediticia del "**accipiens**", por apoyarse esa apariencia en un título nulo propiamente dicho, o ya anulado al tiempo de hacerse el pago, y reducido, por tanto, a la condición de un título nulo.

El segundo requisito señalado por Llambías para que el pago sea válido consiste en que el "**solvens**" haya padecido un error de hecho, pues "**error juris nocet**", esto es, el error de derecho perjudica, razón por la cual quien lo hubiera padecido no puede alegarlo para salvar la validez de un pago efectuado a favor de quien no era verdadero acreedor, pese a creerlo tal el deudor por su ignorancia jurídica. Llambías cita como ejemplo el siguiente: si, fallecido el acreedor, el legatario del crédito hace saber la existencia del legado al deudor, no podría éste, para justificar la validez de un pago efectuado a favor de quien no era verdadero acreedor, pese a creerlo tal el deudor, invocar su ignorancia jurídica. Agrega Llambías que si, fallecido el acreedor, el legatario del crédito hace saber la existencia del legado al deudor, no puede éste, para justificar la validez de un pago hecho al heredero, alegar que él creía que debía satisfacer la deuda al heredero, para que luego éste la pagase al legatario: estará obligado a pagar nuevamente al legatario, si bien podrá repetir lo pagado sin causa al heredero, que no tenía título para recibir ese pago.

El tercer requisito para la validez del pago al acreedor aparente es, para Llambías, que el error padecido por el "**solvens**" ha de ser excusable. Si el deudor no ha tenido razón para errar, y sólo se ha equivocado sobre el carácter de acreedor que atribuyó al "**accipiens**" por su negligencia en aclarar la situación, no puede pretender que sea válido un pago que no ha llegado a destino, porque Demolombe -quien también es citado por Llambías- considera que no justificaría al deudor una ignorancia ingenua, que es la ausencia de toda noción de la realidad, caso en el cual el pago no sería liberatorio para él.

Y, como cuarto y último requisito, señala Llambías que resulta indiferente para la validez del pago efectuado al acreedor aparente que haya sido satisfecho antes del vencimiento de la deuda. El plazo es un accidente en la obligación y no puede reprocharse al deudor que haya renunciado al beneficio de su institución, cuando juegue a su favor, como es lo ordinario.

Considera el citado tratadista que también es irrelevante para la suerte del pago en cuestión, la buena o mala fe del "**accipiens**". Si se acepta la validez del pago es para proteger a un deudor que fue víctima de las circunstancias al pagar a quien efectivamente no debía; pues sería injusto privar al deudor de ese amparo por el hecho, ajeno a él, de tener conciencia el "**accipiens**" de su ausencia de derecho para recibir el pago.

Opinan Cazeaux y Trigo Represas[6], en referencia al tema del acreedor aparente, que la posesión del crédito no se refiere a la detentación material del título respectivo en el momento del cobro, como pudiera hacer pensar la terminología empleada por la norma legal. Por el contrario, se alude a aquellos supuestos en que durante un cierto tiempo anterior al pago, alguien ha detentado pacífica y públicamente de la calidad de acreedor, con prescindencia de que lo fuese o no verdaderamente; por lo cual se ha dicho, con acierto, que más que de posesión del crédito, se trata acá de una "posesión del estado de acreedor".

Agregan los profesores platenses que la noción de poseedor del crédito se integra, pues, con la concurrencia de cuatro elementos: que el mismo se comporte ostensiblemente como acreedor, esto es, que invista en apariencia el **status** y atributos de tal; que esa situación esté dotada de cierta permanencia en el tiempo, pues no se concibe que el precepto legal pueda convalidar un pago hecho al primero que se atribuya la titularidad del crédito; que la posesión haya sido pacífica, sin controversias ni impugnaciones; y que igualmente haya sido pública, ante los ojos de todos, no oculta o subrepticia.

Precisan Cazeaux y Trigo Represas que, según Llambías, modernamente se ha preferido hablar de "acreedor aparente", designándose a esta figura por sus características más saltantes; tal como lo ha hecho el Código Civil Italiano de 1942 en su artículo 1189, y se propiciaba en el Anteproyecto de Código Civil para la República Argentina del año 1954 (artículo 970).

Añaden que la sola existencia de un "acreedor aparente" no resulta suficiente por sí sola para convalidar un pago hecho al mismo, sino que se exigen además otros requisitos: buena fe del **solvens** al pagar, y que el mismo haya padecido un error de hecho excusable.

En primer lugar, el **solvens** debe haber pagado de buena fe,

(6) CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Tomo II, Páginas 163 y siguientes.

es decir, en la creencia de que el "poseedor del crédito" era el verdadero titular del mismo.

Estiman que la buena fe del **solvens** se presume siempre que se trate de pago a un "poseedor del crédito"; correspondiendo pues a aquél acreditar sólo que el **accipiens** realmente estaba en posesión del **status** de acreedor. Por el contrario, la mala fe del **solvens** deberá probarla el verdadero acreedor, que pretenda impugnar la validez del pago realizado al "aparente".

En segundo lugar, consideran los profesores citados que para que el **solvens** haya obrado de "buena fe" al pagar al acreedor aparente, va de suyo que debe haber incurrido en el error de atribuir a éste una calidad y título de acreedor, que en realidad no poseía.

Pero -agregan- no cualquier error basta para convalidar el pago efectuado a un acreedor aparente. Ante todo, debe tratarse de un error de hecho, pues es sabido que el error de derecho no sirve de excusa o, lo que es lo mismo, perjudica -error "**juris nocet**"-. Además, el error padecido debe ser excusable, vale decir, inducido y provocado por la existencia de razones suficientes como para errar. Por el contrario, si el deudor sólo se confundió por no haber adoptado elementales precauciones tendientes a aclarar el verdadero estado de cosas, por no haber obrado con la prudencia y diligencia que las circunstancias aconsejaban, mal podría entonces invocar el artículo 732 del Código Civil, para pretender liberarse con un pago mal hecho a quien no era el acreedor.

En cambio -dicen los civilistas citados-, no se consideran necesarias: la buena fe por parte del **accipiens**; ni que el pago hubiera sido hecho antes del vencimiento de la obligación, ya que en principio no podría reprocharse al deudor que hubiese renunciado al beneficio del plazo, si contaba con la anuencia de quien aparecía ostensiblemente como verdadero acreedor; y, finalmente, la validez del pago tampoco se ve afectada por el hecho de que el acreedor aparente fuese vencido posteriormente en juicio sobre la propiedad del crédito.

Expresan Cazeaux y Trigo Represas que se ha señalado como fundamento que esta norma excepcional procura la buena fe del **solvens** que pagó a quien creyó era acreedor; se ha sostenido también, que la razón estriba en la culpa del **verus creditor**, quien si hubiera tomado las debidas precauciones, hubiera podido evitar su sustitución por el acreedor aparente. En opinión de los profesores citados, quienes coinciden con Machado, acá lo que más cuentan son razones de orden práctico, vinculadas a la celeridad con que deben liquidarse los créditos y a la seguridad de las relaciones jurídicas, todo lo cual aconseja poner los riesgos a cargo del acreedor, pues se introduciría una gran perturbación si se exigiera del deudor una investigación previa al pago, sobre la titularidad del **accipiens**.

Refieren los profesores platenses que el pago realizado al "poseedor del crédito" produce un doble efecto. En la relación existente entre acreedor y deudor, tal pago, pese a no ser satisfactorio para el primero, produce, sin embargo, **ministerio legis**, la liquidación del vínculo obligatorio y la liberación del deudor; tratándose de un efecto excepcional, pues, como bien lo señala Busso, "la ley en definitiva, expande los efectos de un acto, proyectándolos más allá del ámbito volitivo de sus otorgantes; sobre la base de un pago entre el deudor y el poseeedor del crédito se dispone la extinción del vínculo que unía al deudor con el acreedor."

Pero -a entender de Cazeaux y Trigo Represas-, paralelamente, nace una nueva relación jurídica entre el **verus creditor** y el "poseedor del crédito", ya que aquél adquiere contra este último una pretensión accionable, cuya índole y extensión dependerá de la buena o mala fe con que hubiese obrado el acreedor aparente al recibir el pago. Si el **accipiens** actuó de buena fe, creyéndose acreedor, el **verus creditor** únicamente tendrá una acción de "enriquecimiento sin causa" o **in rem verso**, para que se le reintegre el valor del beneficio recibido por aquél a sus expensas y en la medida de su propio detrimento. Mientras que si el **accipiens** cobró de mala fe, con conocimiento de su falta de título, cometió un hecho ilícito que lo hace responsable de todos los daños y

perjuicios que con su conducta hubiese ocasionado al verdadero acreedor.

Refiriéndose al pago efectuado por un tercero al "acreedor aparente", anotan Cazeaux y Trigo Represas que, cuando el pago al "poseedor del crédito" lo realiza un tercero, en lugar del propio deudor, la mayoría de la doctrina entiende que resulta asimismo de aplicación lo antes anotado, de forma tal que dará igualmente el vínculo acreedor-deudor, debiendo éste reeembolsar al tercero pagador y pudiendo aquél reclamar del **accipiens** lo que él mismo habría recibido sin derecho del **solvens**; se invoca en apoyo de esta solución que las normas del Código Civil no efectúan distingos y que el pago, en lo esencial, produce idénticas consecuencias, sea quien sea el que lo cumpla.

La otra tendencia, a la que se adhieren Cazeaux y Trigo Represas, sostiene que el precepto legal que nos ocupa no es aplicable al caso del tercero que sin estar interesado paga la deuda. Sostienen que si un tercero, espontáneamente, se adelanta a pagar y no acierta con el verdadero destinatario del pago, no se advierte por qué este hecho de un extraño, que en principio no es idóneo para afectar las relaciones entre las partes, podría extinguir la obligación del deudor para con su acreedor, haciendo perder a éste como consecuencia de la garantía que le significaba el patrimonio de aquél, quizás no comparable con la que pudiese ofrecer el del "poseedor del crédito".

Por último, señalan Cazeaux y Trigo Represas que la solución excepcional estudiada, se explica como una forma de eximir al deudor de la necesidad de afrontar un pago doble: al acreedor aparente y al verdadero; pero este peligro ya no existe si el que paga es un tercero, pues el **verus creditor** carece de pretensión accionable contra el mismo. Pero distinto es el caso del tercero interesado, que tiene derecho a pagar la obligación -**ius solvendi**- aun frente a la oposición conjunta de acreedor y deudor; atento lo cual, cumplidos los requisitos condicionantes, su pago debe asimilarse al que hubiera efectuado el propio deudor.

Respecto del tema que abordamos, Alterini, Ameal y López

Cabana[7] expresan que el precepto respectivo alude al acreedor aparente, es decir, a quien al momento del cobro reviste ostensiblemente el carácter de acreedor, sin serlo.

Sobre el tema, Ernesto Clemente Wayar[8] piensa que para individualizar a esta especie de tercero es necesario, ante todo, precisar la terminología: es equívoco hablar de "poseedor del crédito", más ajustado es llamar "acreedor aparente" al sujeto mencionado en el artículo.

Señala que diversas son las razones que aconsejan prescindir de la primera denominación: (1) la noción de poseedor es propia de los derechos reales; (2) lo que caracteriza a este tercero es la apariencia de ser el acreedor con que se presenta ante el deudor, respaldado por un cúmulo de circunstancias que lo hacen aparecer como tal; (3) la apariencia, entonces, le da el nombre al tercero. Precisa, además, que en Derecho comparado se ha impuesto la denominación de "acreedor aparente".

A entender del citado tratadista se puede decir, en general, que hay apariencia cuando una situación de hecho, por circunstancias unívocas, hace aparecer como real una situación jurídica no real; llamándose en este caso "acreedor aparente" al tercero que de hecho ostenta la calidad de acreedor, aunque en realidad, y conforme al Derecho, no lo sea; y agrega que para que la apariencia sea tal, es necesario que el tercero se comporte como auténtico acreedor, disipando toda duda que al respecto puedan tener los demás; el tercero debe ser, en apariencia, el verdadero acreedor. La actuación del tercero es valorada objetivamente, o sea, se prescinde de su estado de conciencia. Si conoce o si ignora su verdadera situación es algo que no influye en su situación aparente, la cual se configura por el hecho de obrar como acreedor, aunque sepa que no lo es.

---

(7) ALTERINI, Atilio Aníbal, AMEAL, Oscar José y LOPEZ CABANA, Roberto M. Op. cit., Tomo I, Página 110.

(8) WAYAR, Ernesto Clemente. Op. cit., Tomo I, Páginas 343 y siguientes.

Anota Wayar que el acreedor aparente es, por naturaleza, un tercero. El verdadero acreedor no puede presentarse, al mismo tiempo, como aparente. Lo que la ley procura resolver es la validez del pago que se hace a un tercero que aparenta ser el acreedor sin serlo en realidad; siendo irrelevante la conciencia con que actúe el tercero a los fines de convalidar el pago.

A decir de Wayar, la apariencia es juzgada en el momento en que tiene lugar el pago. Por tal razón, aunque con posterioridad se descubra al verdadero acreedor, el pago será válido, porque al tiempo de realizárselo, el aparente revestía la condición de verdadero.

Para Ernesto Clemente Wayar, el acreedor aparente presenta las siguientes características: (1) se manifiesta ostensiblemente como acreedor; (2) ejerce las facultades y atribuciones propias de todo acreedor (como exigir compulsivamente el pago, solicitar medidas cautelares, intentar la acción revocatoria, etc.); al mismo tiempo, tiene que observar los deberes del acreedor (facilitar la liberación del obligado, recibir el pago, etc.); (3) su condición de acreedor no debe ser impugnada o cuestionada por el deudor ni por otros terceros; debe gozar pacíficamente del estado de acreedor.

Relata el citado profesor que también se ha planteado la necesidad de cierto tiempo, cierta permanencia, en el **status** de acreedor para caracterizar la apariencia; sin embargo, el dinamismo con que se desarrollan las relaciones patrimoniales no puede verse perjudicado por esta exigencia; por ejemplo, si se presenta un cesionario a reclamar el pago, aunque la cesión haya sido reciente, si no hay motivo alguno para dudar de su legitimidad, el pago que se le haga a ese cesionario será válido aun en el caso de que la cesión sea declarada luego nula; la posterior nulidad de la cesión convierte al cesionario en acreedor aparente, retrotrayendo esa condición a la fecha de la cesión.

Wayar encuentra numerosas razones para justificar la validez del pago hecho a un acreedor aparente.

Cuando se le paga a un acreedor aparente -señala-, es claro que el verdadero queda insatisfecho y nada podrá reclamar del deudor, porque éste ya nada le debe. Al acreedor sólo le cabe el recurso de dirigirse contra el aparente. Existen determinadas razones que justifican esta solución.

Anota Wayar, en primer lugar, que la justificación reside en la buena fe del **solvens**, pues en efecto: si el deudor paga persuadido de que lo hace a quien es el verdadero titular del crédito, ese pago debe tener fuerza extintiva; no se trata tampoco de convalidar el pago que se haga al primero que se presente afirmando ser el acreedor, pues si el deudor tiene dudas fundadas acerca de la legitimidad de quien invoca esa condición, debe abstenerse y, en todo caso, recurrir al pago por consignación.

La segunda razón de Wayar es que el verdadero acreedor, que fue sustituido por el aparente, no está exento de reproches; y en todo caso, si nada se le puede reprochar, y la actuación del aparente se ha debido a causas no imputables al verdadero, tampoco el deudor tiene por qué cargar con las consecuencias de la sustitución, pues en tal situación la balanza debe inclinarse en favor del deudor.

Y, por último, señala Wayar que la solución se justifica por razones prácticas, consistentes en la necesidad de dispensar al deudor de la carga de efectuar investigaciones previas al pago para individualizar al acreedor. Esta tarea sólo sería exigible cuando fuera dudoso el derecho del acreedor; ya que, si no caben dudas, el deudor debe pagar sin dilación.

Wayar agrega que para que el pago efectuado al acreedor aparente sea válido, se requiere que el deudor haya pagado de buena fe, es decir, persuadido sin duda alguna de que quien recibía el pago era el **verus creditor**; se trata de buena fe -creencia basada en la apariencia-, es decir, la buena fe del **solvens** es la razón fundante de la validez del pago; de ahí que ella sea uno de los requisitos sin los cuales el pago no sería válido. Agrega que por aplicación de los principios generales, a la buena fe se la presume; por tanto, le incumbe al **accipiens** (acreedor aparente) probar lo contrario.

Además, entiende Wayar que, por aplicación de las reglas generales, el deudor tiene que haberle pagado al acreedor aparente al incurrir en un error de hecho excusable; y en cambio, el error de derecho (como sería el caso de pagarle al hermano mayor por creer que la ley así lo dispone, como rezago del mayorazgo feudal) perjudica al deudor, quien deberá pagar de nuevo; y del mismo modo, el error ingenuo o no excusable (como sería el caso de pagarle a una persona físicamente parecida al acreedor o de igual apellido), también perjudica al deudor, con el efecto ya enunciado; lo que en suma equivale a decir que sólo el error de hecho excusable justifica la validez de un pago hecho a un acreedor aparente.

Wayar concluye reiterando que no influye en la validez del pago el estado de conciencia en que se halle el acreedor aparente, ya que este puede conocer o ignorar su situación y la del **verus creditor**, sin que ello pueda perjudicar al deudor, pues lo que interesa es la buena fe de éste, no la conciencia del **accipiens**.

Giorgi anota[9] que no bastaría la buena fe meramente subjetiva, esto es, la vana credulidad, que es fruto de la inexperiencia y de la ignorancia crasa; trátase de algo más. Claro que también el elemento subjetivo es indispensable; pero por esta parte, la expresión "buena fe" significa solamente que el deudor no tuvo razones para poner en duda la calidad de la persona a quien hacía el pago, no pudo pensar en comprobarla; tanto le persuadieron las apariencias por las que resultó engañado. Razón por la cual, considera Giorgi que quedará desvanecida la buena fe en cuanto el deudor fuese puesto sobre aviso por una oposición aunque irregular, porque si un acto de este género no serviría para impedir el pago en manos del verdadero acreedor, no es insuficiente para

(9) GIORGI, Giorgio. Op. cit., Tomo VII, Páginas 117 y siguientes.

poner en guardia al deudor frente a un acreedor meramente putativo.

Por otra parte, y como la otra faceta expuesta por el mismo profesor, Giorgi enseña que objetivamente, buena fe quiere decir concurso de circunstancias por las cuales aparece excusable el error del deudor. No vana credulidad, fruto de inexperiencia o de crasa ignorancia, sino la buena fe que tiene por fundamento el error perdonable. No el error del que paga **vana simplicitate deceptus et juris ignorantia**, sino por efecto de la ignorancia justificada por la apariencia, **quae etiam prudentissimos fallit**; se pregunta el maestro italiano si se excusaría acaso a un hombre de bien que se creyese autorizado para pagar en manos de quien le presenta el título de crédito, si el nombre del presentador no está mencionado allí en el título que es al portador; o bien en manos del primero que se le presente en el domicilio señalado para el pago; la respuesta es negativa, porque aunque hubiese pagado con la mayor buena fe del mundo, sería ésta una buena fe dependiente de la negligencia o ignorancia imperdonable, no una buena fe razonable y reconocida por la ley como excusa válida.

Expresa Giorgi que este concepto jurídico, significado con gran propiedad en el lenguaje tradicional de las antiguas escuelas italianas con las dos solas palabras "acreedor putativo", hoy, en obsequio al Derecho Francés, se expresa como una frase algo más larga: pago hecho de buena fe, a quien se halla en posesión del crédito; y que no volverá por décima vez a protestar contra la impropiedad del lenguaje, puesto que el crédito, **res quae tungi non potest**, no es susceptible de posesión. Señala que es sabido ya qué se oculta bajo esas palabras. La ley quiere señalar la calidad de acreedor aparente, fundada sobre circunstancias que autorizan a un deudor advertido y vigilante para reconocer en Ticio o en Cayo la persona del acreedor, cuando por razones inopinadas u ocultas el crédito correspondía a Sempronio. Esto es error, a entender de Giorgi, **communis facit ius**.

Por último, manifiesta el tratadista italiano que entre las normas que en el Código rigen esta materia y provocan discusiones como las que se agitaron en la doctrina anterior, existe el artículo

933 (se refiere al Código Civil Italiano de 1865), relativo al heredero aparente. Están salvos, dice el artículo, los derechos adquiridos por los terceros por efecto de convenciones a título oneroso, ultimadas de buena fe con el heredero aparente. Opina Giorgi que si es así, la misma conclusión debe adoptarse con mayor razón en los pagos hechos de buena fe al heredero putativo. Muere Francisco; en su testamento ológrafo aparece Pablo como heredero suyo, y por varios años se comporta **coram omnibus** como heredero: paga, cobra, compra, vende, ejercita, en una palabra, la posesión de los bienes hereditarios. Pero más tarde, se descubre que es falso el testamento y toma la herencia Jaime, primo del difunto; ¿quién declararía nulos los pagos hechos a Pablo por los deudores hereditarios? Estos pagos son válidos, y teniéndolos por tales no se hace más que seguir una máxima ya adoptada sin inconveniente por la doctrina y la jurisprudencia antigua y moderna, y que procede también si después de la aceptación el heredero se hace restituir por completo a causa de violencia o de fraude. Y anota Giorgi que no se comprendería con qué justicia dejarían de surtir efecto legal los pagos hechos a él de buena fe; tan incomprensible sería que por esta razón se ha dicho por la jurisprudencia que el acreedor no tiene el menor interés en indagar la validez del testamento.

Dentro del Derecho peruano y para citar las opiniones de dos de sus más ilustres exponentes, diremos que el Doctor Manuel Augusto Olaechea[10] opinaba, refiriéndose al Anteproyecto de Libro V preparado por él, que:

"El Anteproyecto estima que está en posesión del derecho de cobrar, el que se encuentra en tal situación que se pueda legítimamente creer que el crédito le pertenece. No influye en la determinación de este carácter la posesión material del título en que consta el crédito, a no ser que se trate de títulos al portador, en cuyo caso el que los tiene en su poder está efectivamente en posesión del crédito o derecho de cobrar. Como ejemplo clásico de

---

(10) COMISION REFORMADORA DEL CODIGO CIVIL PERUANO. Op. cit., Fascículo V, Páginas 179 y 180.

posesión del crédito se cita casi siempre el caso del heredero putativo que deja de serlo. La fórmula del Anteproyecto, que es la misma exactamente que la del Código Civil vigente, concuerda también con el dispositivo análogo de los Códigos francés, italiano, español, argentino, brasileño y otros."

Por su parte, el maestro León Barandiarán coincide con la opinión del Doctor Olaechea, cuando sostiene[11]:

"Como explica Marcadé, la 'posesión del crédito', a que se refiere el artículo 1240 del Código francés, consiste en 'gozar pacíficamente de la calidad de acreedor'. La persona que está en dicha posesión pasa ante los ojos de todos como el titular del crédito, de suerte que dicha posesión del crédito no es confundible con la mera tenencia del título, aunque en determinados casos, como ocurre tratándose de títulos al portador, una y otra se confundan. El pago efectuado en tales circunstancias por el **solvens** se estima eficaz, por tratarse de un **error communis**; y de ahí que la obligación se extinga. La cuestión misma de decidir si el acreedor putativo tiene la aludida calidad, corresponde ser apreciada soberanamente por el juez. Casos de un acreedor putativo son, por ejemplo, el de un heredero aparente de un acreedor fallecido que más tarde es excluido por otro heredero legal más próximo; o el de un heredero testamentario desplazado en virtud de revocación o anulación del testamento; del cesionario de un crédito, cuyo título es anulado, rescindido o que en general queda sin efecto."

Luego de reseñar la opinión de ilustrados juristas, expresamos que es principio general que el pago debe verificarse al acreedor. Utilizamos la palabra "general", porque existen casos en que el pago debe efectuarse a un tercero, ajeno a la relación obligacional, y este pago, sin embargo, extingue tal relación. Caso típico es el del empleador notificado para pagar a un tercero, alimentista, con las remuneraciones que adeuda a su empleado.

(11) LEON BARANDIARAN, José. Op. cit., Tomo II, Páginas 277 y 278.

Pero puede ocurrir que exista el denominado acreedor "putativo" o "aparente", es decir, aquel que acredita verosímilmente la condición de acreedor al tiempo del pago, pero que, en la realidad de los hechos, no lo es. Aparenta ser el acreedor, "está en posesión del derecho de cobrar", como lo expresa el Código, pero su título, a fin de cuentas, no es verdadero.

Ubiquémonos, para la ilustración del precepto, primero en un caso de indignidad para suceder.

Conforme al artículo 660 del Código Civil, desde el momento de la muerte de una persona -es decir, desde ese instante, sin solución de continuidad, pues no existe la herencia vacante- los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia, se transmiten a sus sucesores. Si un padre fallece dejando como único heredero legitimario a su hijo, éste adquiere, automáticamente, los derechos crediticios de su causante. En este caso, el heredero puede hacer efectivos tales derechos crediticios. Pero luego se inicia un proceso judicial, promovido por otros parientes del fallecido, no legitimarios pero sí herederos, destinado a declarar al hijo indigno para suceder. En caso que obtuvieran sentencia favorable, tal heredero sería excluido de la sucesión por indignidad. Pero la sentencia, de acuerdo con el artículo 668 del Código Civil, es declarativa y no constitutiva, lo que significa que ese hijo nunca tuvo la condición de heredero. En la hipótesis prevista se trató, sin embargo, de un acreedor con título firme al tiempo de recibir el pago. Por tanto, el deudor que pagó extingue su obligación.

Ello no ocurriría si, al verificarse el pago, el deudor tenía conocimiento de la acción judicial, cuyo resultado es siempre incierto. En este caso la ley franquea al deudor el derecho de consignar la prestación debida o, de no ser ésta susceptible de consignarse, simplemente de retener el pago a las resultas del proceso.

Si el deudor paga al acreedor aparente, con desconocimiento de la acción impugnatoria de indignidad, extingue, como se ha expresado, su obligación. Aquí los accionantes, vencedores en el

juicio declarativo de indignidad, sólo tendrían una acción de restitución contra el acreedor aparente que cobró. Si, por el contrario, el deudor pagara al acreedor con conocimiento de la acción judicial, y éste resultara vencido en juicio, entonces tal deudor tendría que pagar por segunda vez a los verdaderos herederos, sin perjuicio de su derecho de exigir la restitución al acreedor aparente a quien pagó.

Pero, en este último caso, podría tratarse de prestaciones no susceptibles de restituir. Por ejemplo, bienes no fungibles que se han consumido por el uso, o que existen pero deteriorados, o que se han extraviado, o que simplemente ya no existen; o prestaciones de hacer inmateriales, en las que no es posible la restitución; o prestaciones de no hacer, esto es obligaciones de abstención. Consideramos que, en estos casos, el acreedor aparente tendría que restituir en dinero el valor de la prestación, forma que, aunque imperfecta, sería la única susceptible de evitar que se enriqueciera indebidamente en desmedro del deudor.

La expresión "posesión del derecho de cobrar" no se agota, sin embargo, con el caso propuesto o con otros similares. Los mismos efectos jurídicos se generarían, por ejemplo, si el acreedor aparente presenta un testamento otorgado a su favor, y el deudor desconoce -porque no tenía cómo saberlo- que él luego había sido revocado. O en el caso de preterición de un heredero forzoso, de cuya existencia no tenía conocimiento el deudor.

Y si nos trasladamos al Derecho Mercantil, puede sostenerse válidamente "que está en posesión del derecho de cobrar" el tenedor de un título al portador extraviado o, incluso, hurtado, siempre que el deudor carezca de elementos para presumir que él no pertenece a quien lo presenta. En estos casos estaríamos, sin duda, ante un acreedor aparente o putativo.

A manera ilustrativa, podemos mencionar que, a entender de Wayar, son considerados acreedores aparentes, entre otros, los siguientes:

(1) El heredero aparente, el mismo que constituye el caso típico,

siendo tal aquella persona que ostenta públicamente el título de heredero y realiza en ese carácter actos de disposición, y que luego es desplazada por otra que tiene un título preferente. Wayar cita como ejemplo, si el sobrino de una mujer soltera inicia el juicio sucesorio de ésta y obtiene una resolución judicial por la cual se lo declara heredero; luego se presenta al juicio un hijo extramatrimonial de la causante y desplaza al sobrino; los actos de disposición realizados por éste antes del desplazamiento son válidos, por lo cual, los pagos que haya recibido en virtud de los créditos que tenía en su favor la causante desobligan a los deudores que pagaron; ocurre lo propio con la persona declarada heredera en virtud de un testamento que luego es revocado por otro posterior, cuya existencia se ignoraba al tiempo de ser dictada aquella declaratoria, ya que esa persona obró como acreedor aparente.

(2) El ex cónyuge, pues disuelta una sociedad conyugal, si alguno de los ex cónyuges recibe el pago de un crédito que correspondía a la sociedad, actúa como acreedor aparente, desobligando al **solvens** -sin perjuicio de las relaciones posteriores entre los ex cónyuges-.

(3) Quien invoca un derecho cuyo título es anulado después del pago; se hallan en esta situación el cesionario o el legatario que reciben el pago y luego, la cesión o el testamento, respectivamente, son declarados nulos, ya que la nulidad de los títulos "vuelve las cosas al mismo o igual estado en que se hallaban antes del acto anulado", razón por la cual, el cesionario o legatario que cobró lo hizo como acreedor aparente.

(4) El legitimado aparente. Al lado del acreedor se distingue la figura del legitimado aparente, quien es aquella persona que ostenta una legitimación procesal para cobrar, que luego queda desvirtuada, como es el caso del abogado a quien se le revocó el poder sin conocimiento del deudor demandado.

Al contrario, se entiende que no puede ser tratado como acreedor aparente aquel individuo que obra como acreedor apo-

yándose en un título falsificado; como sería el caso del cesionario, el legatario o el apoderado que se basan en un documento falso para exigir el pago. Pero si el verdadero acreedor ha facilitado la falsificación o, simplemente, ha sido negligente al respecto, entonces corresponde considerar válido el pago que se le haga al falso acreedor, siempre y cuando el deudor sea de buena fe.

Pero también podría ocurrir, agregamos, que el acreedor haya sido verdadero, pero que luego hubiera perdido tal condición.

Se trataría, por ejemplo, del supuesto de quien cede un derecho sin conocimiento del deudor. Si éste paga al acreedor cedente, extingue su obligación, porque se trata de quien, para el deudor, continúa siendo su acreedor. Aquí el acreedor cesionario sólo tendría acción contra el acreedor cedente, mas no contra el deudor. Caso contrario ocurriría si el deudor, con conocimiento de la cesión, paga al acreedor cedente. Aquí no extinguiría obligación alguna. El cesionario tendría acción contra el deudor, y éste, a su vez, el derecho de exigir la restitución al acreedor cedente.

Precisa señalar, finalmente, que la aplicación del artículo 1225 bajo comentario, exige que el deudor haya actuado con buena fe, vale decir, que lo haya hecho en la convicción de que pagaba bien, que pagaba a quien debía hacerlo. Esas creencias significan, en todo caso, que el deudor debe actuar con la diligencia requerida por las circunstancias.

Por otra parte, nos parece inadecuada la expresión "posesión del derecho de cobrar". La palabra "posesión" es propia de los derechos reales, no del derecho de obligaciones. Es poseedor quien tiene una cosa corporal, con ánimo de conservarla para sí o para otro, pudiéndose, forzando el lenguaje, hacer extensivo el concepto a las cosas incorpóreas, las cuales propiamente no se poseen. Etimológicamente, "posesión" es el poder de hecho que ejercemos sobre las cosas de la naturaleza exterior, uniéndolas a nosotros de un modo estable, al menos en la intención.

Por esa razón la fórmula propuesta en el Proyecto de la Co-

misión Reformadora del Código Civil de 1936 sustituía la expresión "posesión del derecho de cobrar", por la de "persona que goza verosímilmente de la calidad de acreedor", lo que otorgaba, por cierto, plena propiedad al lenguaje.

La redacción actual de la norma bajo análisis no es, por tanto, la apropiada. El cambio que se propuso pretendía señalar que quien cobraba debía aparentar con verosimilitud tener la condición de dueño del crédito, aunque el propietario fuese otro.

Pero, reiteramos, en todo caso los supuestos previstos por el artículo 1225 del Código Civil, cuando utiliza la expresión "aunque después se le quite la posesión o se declare que no la tuvo", comprende tanto las situaciones de hecho como de derecho que hagan variar la apariencia de quien persigue cobrar la deuda, todo ello inspirado en el principio rector de la buena fe.

- ***Propuesta de eventual modificación legislativa del artículo 1225.***

Artículo 1225.- "Extingue la obligación el pago hecho a persona que goza verosímilmente de la calidad de acreedor, aunque después se declare que no la tuvo."

- ***Fundamento.***

En este artículo deseamos aclarar el sentido de la actual expresión "posesión del derecho de cobrar", y otorgar propiedad al lenguaje.

- ***Jurisprudencia peruana del artículo 1225.***

En relación al tema de quién está autorizado para recibir el pago, mencionamos las siguientes Ejecutorias Supremas:

I.- "El pago hecho por la sección de ahorros de un Banco a un

tercero, que presenta poder del titular con firma falsificada, acompañando la libreta respectiva, extingue la obligación del Banco si la falsificación de la firma que aparece en el poder no es perceptible a la simple vista." Ejecutoria del 28 de mayo de 1924. "El Comercio", 28 de octubre de 1926. (Artículo 1239 del Código Civil de 1936).

II.- "No habiéndose rescindido el contrato de locación-conducción, subsisten los sub-arriendos que celebró el conductor que tenía derecho a ello, y en consecuencia el pago de la merced conductiva efectuado por el sub-arrendador al locatario extingue su obligación por haber hecho un pago válido de conformidad con el artículo 1239 del Código Civil y por tanto no ha incurrido en mora." Ejecutoria del 17 de abril de 1959. Revista de Jurisprudencia Peruana, Número 187, 1959, Página 880. (Artículo 1239 del Código Civil de 1936).

III.- "La entrega de recibos de arrendamiento, aun cuando sea a cambio de cheque girado con fecha adelantada, es prueba de la cancelación de la renta." Ejecutoria del 18 de septiembre de 1964. Revista de Jurisprudencia Peruana, Número 262, 1965, Página 1371. (Artículos 1239, 1241 y 1274 del Código Civil de 1936 y 1226 y 1265 del Código Civil de 1984).

IV.- "La presentación por el demandado de los recibos de arrendamiento correspondientes a las mensualidades que se dicen adeudadas, prueba que no estaba en mora al momento de interponerse la demanda." Ejecutoria del 15 de mayo de 1975. Revista de Jurisprudencia Peruana, Número 376, 1975, Página 525. (Artículo 1239 del Código Civil de 1936).

V.- "Los recibos de pago de la merced conductiva reconocidos ficta o expresamente desvirtúan la mora invocada en la demanda, aun cuando se alegue que fueron cancelados con cheques sin fondos, si no se invocó esta circunstancia en la demanda ni se acredita que pretendieron pagarse por ellos." Ejecutoria del 18 de febrero de 1976. Revista de Jurisprudencia Peruana, Número 387, 1976, Página 414. (Artículos

1239 y 1248 del Código Civil de 1936 y 1233 del Código Civil de 1984).

VI.- "Produce los efectos del pago la consignación de la merced conductiva a nombre de quien aparecía en posesión del derecho de cobrarla, por no haberse puesto en conocimiento del arrendatario la venta efectuada y continuar el vendedor girando los recibos correspondientes." Ejecutoria del primero de marzo de 1976. Revista de Jurisprudencia Peruana, Número 388, Página 551. (Artículos 1239 y 1260 del Código Civil de 1936, 1254 del Código Procesal Civil y 1253 del Código Civil de 1984).

VII.- "No basta que una consignación sea impugnada para que deje de surtir los efectos de pago, sino que es necesario que sobre la misma recaiga resolución amparándola o denegándola." Ejecutoria del 11 de junio de 1987. "El Peruano", Número 15033, 9 de agosto de 1988. (Artículos 1239 y 1260 del Código Civil de 1936, 1254 del Código Procesal Civil y 1254 del Código Civil de 1984).

- ***Concordancias nacionales.***

Aptitud legal para recibir el pago, artículo 1224 del Código Civil / Presunción en favor del portador de un recibo, artículo 1226 del Código Civil.

- PAGO AL PORTADOR DE UN RECIBO. PRESUNCIONES.

Artículo 1226.- "*El portador de un recibo se reputa autorizado para recibir el pago, a menos que las circunstancias se opongan a admitir esta presunción.*"

- *Fuentes nacionales del artículo 1226.*

Dentro de la legislación colonial, podemos mencionar a la *Ley de las Siete Partidas*, Ley 8, Título XIV. Partida Tercera.

El artículo 1226 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*; ni en el *Código Civil de 1852*.

El *Proyecto de Código Civil de 1890* trataba el tema en su artículo 2303: "Extingue la obligación el pago que se hace a persona a quien el deudor reputa habilitada para exigirlo, por cuanto presenta documento de aquellos con que el acreedor acostumbra cobrar."; en tanto que el *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925*, lo hacía en el numeral 205: "El portador de un recibo se reputa autorizado para recibir el pago, a menos que las circunstancias se opongan

a admitir esta presunción."; el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926*, en el artículo 195: "El portador de un recibo se reputa autorizado para recibir el pago, a menos que las circunstancias se opongan a admitir esta presunción."; el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936*, en el numeral 1232: "El portador de un recibo se reputa autorizado para recibir el pago, a menos que las circunstancias se opongan a admitir esta presunción."; y el *Código Civil de 1936*, en el artículo 1241: "El portador de un recibo se reputa autorizado para recibir el pago, a menos que las circunstancias se opongan a admitir esta presunción."

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 punto en el artículo 91: "El portador de un recibo se reputa autorizado para recibir el pago, a menos que las circunstancias se opongan a admitir esta presunción."; en tanto que el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980*, lo hizo en el numeral 93: "El portador de un recibo se reputa autorizado para recibir el pago, a menos que las circunstancias se opongan a admitir esta presunción."; el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981*, en el artículo 1247: "El portador de un recibo se reputa autorizado para recibir el pago, a menos que las circunstancias se opongan a admitir esta presunción."; y el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984*, en el numeral 1194: "El portador de un recibo se reputa autorizado para recibir el pago, a menos que las circunstancias se opongan a admitir esta presunción."

- ***Fuentes y concordancias extranjeras.***

Coinciden con el artículo 1226 del Código Civil Peruano, entre otros, el Código Civil Uruguayo (artículo 1455, segundo párrafo), el Paraguayo de 1987 (artículo 551, literal b)), el Brasileño (artículo 937), el Portugués de 1967 (artículo 771), el Guatemalteco de 1973 (artículo 1391), el Alemán (artículo 370: el representante de un recibo vale como autorizado a recibir la prestación, siempre que las circunstancias de la aceptación conocidas para el

que ha de cumplir la prestación no estén en contra de tal autorización), y el Código Civil Holandés (Libro 6, Sección 6, artículo 7).

- ***Análisis.***

El artículo 1226 del Código Civil Peruano tiene directa relación con la norma antes comentada (el artículo 1225). Sin embargo, los supuestos de ambos preceptos no son los mismos. Mientras el artículo 1225 está referido a la presunción de la calidad de acreedor por parte de quien intenta cobrar, el artículo 1226 está dirigido a establecer una presunción **iuris tantum** en el sentido de que quien posea el recibo de pago otorgado por el acreedor se reputa autorizado para recibirlo. Debemos anotar que la ley no lo reputa como acreedor, sino simplemente como autorizado para recibir el pago, ya que bien podría tratarse del propio acreedor, o de una tercera persona autorizada por este último para cobrar al deudor la prestación debida.

La excepción está prevista cuando, según la propia norma, las circunstancias se opongan a admitir esa presunción.

A entender de Eduardo B. Busso[1], entre los casos de mandato tácito se cita el de quien presenta un recibo firmado por el acreedor, persona que, en principio, está habilitada para cobrar, y el pago que se haga en sus manos es un pago bien hecho; agrega que en el fuero comercial de su país se ha resuelto que el pago al portador del recibo extingue la obligación.

Considera Busso que, en principio, el recibo es el instrumento de liberación en favor del deudor; y por eso, si el acreedor entrega ese documento a una persona, debe admitirse que la ha habilitado para exigir el pago.

No obstante ello, recuerda Busso que algunos autores observan que el portador del recibo auténtico y firmado, más que re-

(1) BUSSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo IV, Páginas 391 y siguientes.

presentante del acreedor, es un emisario ("nuncio"), y quien le paga a él no paga a un tercero, sino que paga al mismo acreedor.

Agrega el citado tratadista argentino que algunos autores y leyes establecen diversas limitaciones. Así, para Von Tuhr, la posesión del recibo es presunción del mandato para exigir, pero no es prueba terminante de él.

Busso considera acertada esta tesis que corresponde a los conceptos desarrollados al estudiar la naturaleza del pago. El deudor no debe limitarse a perseguir su propia liberación; él debe brindar satisfacción al interés del acreedor y dentro de la obligación debe obrar con prudencia y lealtad para asegurar que ese resultado final sea obtenido. No cumple de buena fe la obligación quien paga a la persona que le presenta el recibo, sin atender a circunstancias que hagan pensar que ese pago no llegará a poder del acreedor. Se trata -dice Busso- fundamentalmente, de cuestiones de hecho que deben apreciarse en cada caso particular.

Señala Busso que una situación especial se presenta cuando el pago se hace sobre la base de un recibo robado o perdido.

En principio -dice-, el pago hecho al portador del recibo robado o perdido es válido, salvo que el acreedor hubiera obrado negligentemente o que hubiera pagado no obstante existir graves indicios del robo del recibo. Señala Busso que en abono de esta posición se dice que el acreedor que emite y firma un recibo crea un instrumento, un título, entre los cuales debe incluirse que el robo o la pérdida son a su cargo.

Puntualiza además que si alguien roba el recibo y en virtud de él percibe la prestación del deudor, la usurpación de derechos no va dirigida contra el deudor (a quien se entrega un título de liberación auténtico), sino contra el acreedor.

Busso considera que la usurpación comienza con el robo del recibo. Este hecho se produce fuera de la esfera de acción y riesgos del deudor, quien es ajeno a la emisión y custodia del recibo.

El cobro del crédito mediante el robo no hace sino consumar la maniobra.

Piensa el citado tratadista que las circunstancias del robo o de la pérdida son extrínsecas a la perfección objetiva del intrumento-recibo, punto en el cual el recibo robado se diferencia del recibo falsificado.

Como un eventual argumento en contra, Busso manifiesta que podría ensayarse que el deudor que obtiene su liberación sobre la base de un recibo robado o perdido, debe ser asimilado a quien adquiere la propiedad de una cosa mueble robada o perdida. El recibo, en última instancia, sería un mueble por su carácter representativo, pues es el título de una liberación, que en sí misma es un derecho personal. Y, sobre esa base, considera que cabría incluir que si el adquirente de la cosa robada o perdida no adquiere la propiedad de ella, el deudor tampoco adquiriría la liberación que conlleva el recibo.

No obstante ello, Busso cree que estos argumentos pueden rebatirse con buenas razones: (a) la adquisición de los bienes se gobierna por reglas distintas a las que se aplican en materia de extinción de créditos; (b) los recibos son instrumentos de liberación y les son más afines, en cuanto a una aplicación analógica, las reglas especiales dictadas para los instrumentos de crédito.

En lo referente al supuesto de un recibo falsificado, señala Busso que no es instrumento auténtico de liberación. En eso difiere del recibo robado o perdido, a que nos hemos referido precedentemente.

Considera Busso que no es liberatorio el pago hecho al portador de un recibo falsificado; pero admite que la solución podría variar si ha sido la negligencia del acreedor la que ha permitido o facilitado la falsificación del recibo, caso en el cual, la culpa incurrida interfiere y modifica la aplicación del principio.

Como argumentos a favor del principio de que la invalidez del pago al tenedor de recibo falsificado se justifica, Busso cita los

siguientes: (a) porque el deudor paga a quien no es acreedor; (b) porque el recibo que obtiene no es instrumento idóneo para dar testimonio de la liberación de ese deudor.

Añade que las maniobras implicadas en la falsificación y utilización del recibo van dirigidas contra el deudor. El intercambio del recibo por la prestación -hecho mediante el cual los efectos de la falsificación se consuman- se opera con intervención del deudor y en ausencia del acreedor; de tal forma que los hechos constitutivos y ejecutivos del engaño se desarrollan en la esfera de acción en que el deudor se desempeña. Esta es una razón para hacer recaer sobre él las consecuencias.

En general -como dice Busso-, el portador de un documento falsificado que representa un crédito no es poseedor del crédito.

Precisa el citado tratadista que la determinación de cuándo un recibo es falsificado puede dar lugar a dificultades; no habiendo dudas sobre la falsificación si el recibo ha sido otorgado sobre elementos materiales (papel, formulario, etc.) no pertenecientes al acreedor.

En tal orden de ideas, señala Busso que más discutible es la situación si el recibo ha sido otorgado en elementos materiales (como sería el caso de papel con membrete, formulario impreso, etc.) pertenecientes realmente al acreedor y que le han sido sustraídos; caso en el cual la maniobra importaría a la vez un robo de recibo o de elementos materiales para su otorgamiento, y una falsificación; situación que complica las cosas porque el riesgo del robo está a cargo del acreedor y el de falsificación a cargo del deudor.

Sin embargo, la solución depende de los casos, pues a veces en un recibo lo fundamental es la materialidad instrumental del título (como sería el caso de recibos en formularios oficiales de empresas, o del Estado) y la individualidad de la persona que llena los claros y, en cambio, su firma aparece en cierto sentido como accesoria.

Agrega Busso que en otros casos el hecho de que el recibo haya sido otorgado en o con elementos materiales sustraídos al acreedor, constituirá un hecho sin mayor importancia.

En lo referente a la falsificación de cheques, y las consecuencias que se siguen del pago de un cheque falsificado, señala Busso que el desarrollo doctrinal de esa materia resulta un antecedente de interés por la similitud de las situaciones que se plantean.

Precisa que se señala la existencia de varios sistemas de responsabilidad: (a) El que hace cargar con la falsificación al Banco girado, salvo que exista negligencia o culpa del librador; (b) El que imputa las consecuencias de la falsificación al librador, salvo que mediara culpa del Banco; (c) El que distribuye entre ambos las consecuencias de la falsificación, salvo culpa de uno de ellos.

Y en lo que se refiere a documentos similares, Busso trata el tema de los billetes de lotería, recordando que en un caso de jurisprudencia extranjera se estimó que el adquirente de un billete de lotería en común con otra persona debe considerárselo titular de un mandato tácito para cobrar el importe del premio con cargo de entrega de la mitad a su condómino; habiéndose juzgado en la Argentina que el billete de lotería es un título al portador.

Por nuestra parte podríamos precisar que sin lugar a dudas, las circunstancias a que alude la norma bajo comentario pueden pertenecer a la más variada índole, como podrían ser la condición de quien porta el recibo, el previo conocimiento del deudor de la persona que lo porta, las actitudes de esta persona, la forma o letra como ha sido redactado el recibo, etc.

Para ilustrar lo señalado, vamos a citar algunos ejemplos que consideramos de interés.

Se trata de una deuda consistente en la ejecución de prestaciones periódicas, por ejemplo, un contrato de arrendamiento, en el que siempre cobra una persona "X" enviada por el arrendador a

casa del arrendatario. Pero un día se presenta persona distinta. En esta situación, sin lugar a dudas, el arrendatario deberá tomar todas las precauciones del caso antes de pagar la deuda. Deberá asegurarse que quien porta el recibo sea precisamente el nuevo enviado del arrendador.

Supongamos, por otra parte, que concurriese la persona que siempre cobra, pero que el recibo que porta no contenga las mismas características formales que los anteriores (calidad del papel habitual, letra con la que ha sido redactado, o incluso la propia firma o rúbrica del acreedor). En este caso, también el deudor deberá asegurarse antes de pagar. Lo más idóneo sería que consulte previamente a su acreedor. Tal como señala el Doctor León Barandiarán[2]: "Según expresa Planck, comentando el artículo 370 del Código alemán, inspirador del 1241 de nuestro Código (se refiere al Código Civil de 1936), para que desaparezca la presunción de autorización para recibir el pago en favor del portador del recibo, no es necesario que el deudor haya sabido que el portador del recibo no está facultado para obtener la prestación; basta que una apreciación racional de las circunstancias excluya la posibilidad de tal facultad. Pero no bastará que el deudor deba haber conocido tales circunstancias; es indispensable que las haya conocido."

Como los ejemplos citados, podríamos invocar una serie indefinida de los mismos, en los que se describan circunstancias que hagan sospechar la falta de idoneidad del recibo o de su portador.

Por otra parte, Alterini, Ameal y López Cabana[3] hacen referencia al supuesto del tenedor de un título al portador, ya que el pago debe también ser hecho al que presente el título del crédito, si éste fuese de pagarés al portador, salvo el caso de hurto o de graves sospechas de no pertenecer el título al portador. Comentan los profesores citados, que ese precepto abarca diversos documentos propios del Derecho Comercial, como son el cheque, la letra de cambio, el pagaré, y la factura conformada.

(2) LEON BARANDIARAN, José. Op. cit., Tomo II, Página 281.
(3) ALTERINI, Atilio Aníbal, AMEAL, Oscar José y LOPEZ CABANA, Roberto M. Op. cit., Tomo I, Página 109.

Expresan que, por lo pronto, el documento de que se trata puede haber sido extendido "al portador", o haber sido "endosado en blanco", es decir, sin individualización del beneficiario, de modo tal que en cualquiera de esos supuestos el deudor paga bien a quien le presenta el documento, salvo si sabe que el documento ha sido perdido o sustraído, caso en el cual debe hacer el pago por consignación; o si tiene graves sospechas de que no pertenece al portador.

De otro lado, debemos señalar que Giorgi[4] comenta que si se trata de crédito nominativo y de cesión, el pago no será válido por las mismas razones que convierten en no válido el pago hecho al **Falsus procurator**, y que se entienden repetidas aquí. Pero agrega que la cuestión cambia de aspecto si en vez del título nominativo se piensa en la transmisión del título a la orden o al portador; de modo tal que como el título al portador se transmite mediante simple tradición, por regla general la sola exhibición del mismo basta para justificar la cualidad de acreedor ante quien debe pagarlo. Aunque sea un ladrón quien se presente para el cobro, el deudor pagará bien porque no tendrá razón para suspender el pago sino en los casos excepcionales de oposición regular, o si, no siendo practicable ésta, el deudor es puesto sobre aviso, o sospecha el hurto y el extravío.

En cuanto se refiere al título a la orden, Giorgi piensa que quien paga una letra no está obligado a investigar la autenticidad de los giros; en cambio, cree que debe asegurarse de la identidad de la persona que presenta el título para el cobro y la del último endosado; así, pues, estará mal pagado a Pablo un título a la orden endosado a favor de Pedro.

Como último tema relacionado con el artículo 1226 del Códi-

(4) GIORGI, Giorgio. Op. cit., Tomo VII, Página 119.

go Civil Peruano, trataremos el relativo al recibo como instrumento de condonación o remisión.

A entender de Eduardo B. Busso[5], puede ocurrir que la declaración "Recibí en pago..." no corresponda a la realidad; es decir, que el acreedor otorgue recibo para liberar al deudor no obstante no haber recibido el pago.

Considera el citado tratadista que, en principio, una declaración de recibo emitida en esas condiciones sería válida, por cuanto las partes tienen libertad para dar a sus actos la forma que quisieren, y aun tratándose de una simulación del verdadero carácter del acto, entraría en la regla según la cual la simulación no es reprobada por la ley cuando a nadie perjudica ni tiene un fin ilícito.

Pero para Busso sería inválida, en cambio, si ella encubriera en alguna forma un fraude a derecho ajeno; como sería el caso de si fuera una remisión en perjuicio de los acreedores del remitente, o a expensas de la porción legítima de sus herederos, o si se buscara desfigurar el carácter gratuito de un acto para no pagar el impuesto correspondiente, o si se quisiera encubrir una remisión que fuera inválida por emanar de un incapaz, etc.

Según Busso -en criterio que compartimos-, la declaración de recibo por medio de la cual se extingue una deuda sin que medie pago, importa un acto de remisión, un negocio cancelatorio de crédito o remisivo de deuda.

Refiere el citado profesor que los autores modernos, en estos casos, hablan de "declaraciones negociables". El recibo no es la prueba de un hecho extintivo, sino que es, en sí mismo, un acto que produce la extinción. El otorgante no admite la verdad de un hecho que produce determinado efecto; directamente quiere dicho efecto.

---

(5) BUSSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo IV, Páginas 348 y siguientes.

Para Busso es importante establecer si un recibo determinado es un simple medio de prueba o encierra una declaración negocial de remisión de deuda.

Por otra parte, el citado autor comenta que, en primer lugar, por lo relativo a la capacidad, un pago recibido por un incapaz puede ser válido y extintivo, pero la remisión emanada de un incapaz sería en principio nula, y no se purgaría el vicio por el hecho de hacerla aparecer bajo la forma de recibo de pago.

Y agrega que si el acreedor otorgó el recibo con conciencia de no haber recibido el pago, no podría luego hacer renacer la obligación probando la inexistencia de cumplimiento; en tanto que la remisión de deuda implicada en el recibo sería irrevocable, siempre que se hubieran cumplido los requisitos exigidos por la ley a tal efecto.

Concluimos expresando que los alcances del precepto bajo análisis son claros.

El recibo es el documento suscrito por el que una persona declara haber recibido de otra alguna cosa. Pero, desde el punto de vista jurídico, el pago no se refiere, necesariamente, a cosas. Por ello, debemos entender que la palabra "recibo", en la acepción que le otorga el Código, significa el instrumento que demuestra el cumplimiento de cualquier obligación de dar, de hacer o de no hacer, con las observaciones que formulamos al analizar el artículo 1229.

El recibo puede estar constituido por un simple documento firmado por el acreedor o por una escritura inscrita en los Registros Públicos correspondientes, pasando por todas las gamas intermedias. El hecho es que se trate de un documento debidamente suscrito por el acreedor.

El portador del recibo, tal como lo hemos expresado, puede ser el propio acreedor o un tercero. Si se trata del acreedor, parece evidente que las circunstancias concluyen por admitir que no sólo se encuentra autorizado, sino que tiene el más amplio y legí-

timo derecho para recibir el pago y, mediante la entrega del documento respectivo, para declarar extinguida la obligación. El segundo caso previsto por la ley, esto es si el portador no es el propio acreedor, puede prestarse a reparos u objeciones. El deudor deberá, en estos supuestos, proceder con la diligencia debida, analizando todas las circunstancias y, en caso de duda, verificar con el propio acreedor la legitimidad del título del portador del recibo. Si paga mal, su negligencia determinará que pague dos veces, sin perjuicio de exigir la restitución al portador no autorizado.

- ***Jurisprudencia peruana del artículo 1226.***

En relación al tema tratado por el artículo 1226 del Código Civil vigente, citamos las siguientes Ejecutorias Supremas:

I.- "La entrega de recibos de arrendamiento aun cuando sea a cambio de cheques girados con fecha adelantada, es prueba de la cancelación de la renta." Ejecutoria del 18 de septiembre de 1964. Revista de Jurisprudencia Peruana, Número 262, 1965, Página 1371. (Artículos 1239, 1241 y 1274 del Código Civil de 1936 y 1225 y 1265 del Código Civil de 1984).

II.- "Teniendo el mediador de comercio la calidad de auxiliar autónomo de comercio, sin vínculo de dependencia con el ofertante, sus actos no obligan a éste.

No extingue la obligación el pago hecho a un agente mediador de comercio que no está autorizado para recibirlo, ni tampoco premunido de los respectivos recibos y además el presunto beneficiario no ha ratificado dicho pago ni se ha aprovechado de él." Ejecutoria del 15 de noviembre de 1972. Revista de Jurisprudencia Peruana, Número 343, 1972, Página 1534. (Artículos 1238 y 1241 del Código Civil de 1936 y 1224 del Código Civil de 1984).

III.- "Para los efectos del artículo 25 del Reglamento de la Ley de Alquileres, carecen de eficacia los recibos de pago de alquileres que no han sido reconocidos por su otorgante." Ejecutoria del 22 de mayo de 1979. "El Peruano", Número 11593, 3 de junio de 1979. (Artículo 1241 del Código Civil de 1936).

- ***Concordancias nacionales.***

Pago a persona con derecho a cobrar, artículo 1225 del Código Civil / Retención del pago, artículo 1230 del Código Civil.

- CAPACIDAD PARA RECIBIR EL PAGO.

Artículo 1227.- "*El pago hecho a incapaces sin asentimiento de sus representantes legales, no extingue la obligación. Si se prueba que el pago fue útil para el incapaz, se extingue la obligación en la parte pagada.*"

- Fuentes nacionales del artículo 1227.

Dentro de la legislación colonial, puede mencionarse a la *Ley de las Siete Partidas*, Ley 4, Título XIV, Partida Quinta: "**Apercibido deue ser todo ome que ouire de fazer la paga el menor de veynte e cinco años, para fazerla de manera que la non aya de pagar otra vez. E para ser seguro desto deue pagar lo que deue, a el, o a su guardador con otorgamiento o mandamiento del Juez del lugar... E esso mismo debzimos que deue ser guardado, en la paga que ouisse a fazer al loco, o al desmemoriado, o al desgastador de sus bienes a quien fuesse dado guardador.**"

Dentro de la misma *Ley de las Siete Partidas*, tenemos a la regla 17, Título XXXIV, Partida Séptima.

El artículo 1227 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 el artículo 2222: "El pago hecho a los menores, locos, fatuos o pródigos declarados, sin conocimiento de sus guardadores, no extingue la obligación.- Si en el caso anterior se prueba, que se pagó para alimentar o medicinar a los menores, locos, fatuos, o a los pródigos declarados, aunque en ausencia de los guardadores, concluye la obligación en la parte pagada."; en tanto que el *Proyecto de Código Civil de 1890*, lo hacía en el numeral 2914: "No extingue la obligación: 1o. El que paga a los incapaces, pródigos o ebriosos declarados, sin consentimiento de sus guardadores; pero si se prueba que se pagó para alimentar o curar a cualquiera de las personas mencionadas, aunque haya sido sin anuencia de los guardadores, se extingue la obligación en la parte pagada; 2o. El deudor, que paga a sabiendas de la incapacidad civil en que ha caído el acreedor, después de contraída la obligación; 3o. El deudor que hace pago a su acreedor, después de estar notificado judicialmente para que no lo pague, o para que pague a un tercero.- Si la obligación es de entregar cosa determinada, y el deudor la entrega contra la prohibición judicial, no sólo no se extingue la obligación, sino que aquél debe responder de los daños que reciba la especie entregada; y 4o. Cualquiera deudor del concursado que le paga, después de publicada la declaratoria del concurso."

El *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925*, abordaba el punto en el artículo 204: "El pago hecho a menores, locos, fatuos o pródigos declarados, sin consentimiento de sus guardadores, no extingue la obligación.- Si en el caso anterior se prueba que se pagó para alimentar o medicinar a los menores u otros incapaces, aunque en ausencia de los guardadores, concluye la obligación en la parte pagada."; en tanto que el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926*, lo hacía en el numeral 194: "El pago hecho a menores, locos o pródigos declarados, sin consentimiento de sus guardadores, no extingue la obligación.- Si en el caso anterior se prueba que se pagó para alimentar o medicinar a los menores u otros incapaces, aunque en

ausencia de los guardadores, concluye la obligación en la parte pagada."; el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936*, en el artículo 1231: "El pago hecho a menores o incapaces, sin consentimiento de sus padres o representantes legales, no extingue la obligación.- Si se prueba que se pagó para alimentar o medicinar a los menores u otros incapaces, concluye la obligación en la parte pagada."; y el *Código Civil de 1936*, en el numeral 1240: "El pago hecho a menores o incapaces, sin consentimiento de sus padres o representantes legales, no extingue la obligación.- Si se prueba que se pagó para alimentar a los menores u otros incapaces, concluye la obligación en la parte pagada."

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 su artículo 90: "El pago a menores o incapaces, sin consentimiento de sus padres o representantes legales, no extingue la obligación.- Si se prueba que se pagó para alimentar a los menores u otros incapaces, concluye la obligación en la parte pagada."; en tanto que el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980*, lo hizo en el numeral 94: "No es válido el pago hecho a incapaces, sin consentimiento de sus representantes legales.- Si se probara que el pago fue útil para el incapaz, se extinguirá la obligación en la parte pagada."; el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981*, en el artículo 1248: "Sólo es válido el pago hecho a incapaces, con consentimiento de sus representantes legales.- Si se probara que el pago fue útil para el incapaz, se extinguirá la obligación en la parte pagada."; y, finalmente, el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984*, hizo lo propio en el artículo 1195: "El pago hecho a incapaces sin consentimiento de sus representantes legales, no extingue la obligación. Si se prueba que el pago fue útil para el incapaz, se extingue la obligación en la parte pagada."

- *Fuentes y concordancias extranjeras.*

Coinciden con el artículo 1227 del Código Civil Peruano, en-

tre otros, los Códigos Civiles Francés (artículo 1241), Italiano de 1942 (artículo 1190), Portorriqueño de 1930 (artículo 1117), Mexicano (artículo 2075), Uruguayo (artículo 1456), Venezolano de 1880 (artículo 1187), Venezolano de 1942 (artículo 1288), Chileno (artículos 1578, inciso 1, y 1688), Ecuatoriano (artículos 1621, inciso 1, y 1732), Boliviano de 1976 (artículo 299), Anteproyecto de Código Civil Boliviano de Angel Ossorio y Gallardo de 1943 (artículo 854, quinto párrafo), Paraguayo de 1987 (artículo 553), Guatemalteco de 1973 (artículo 1385), Español (artículo 1163, segundo párrafo), Brasileño (artículo 936), Argentino (artículo 734), Egipcio (artículo 229), y el Código Civil de la Provincia de Québec (artículo 1146).

Los Códigos Civiles Panameño (artículo 1050) y Hondureño (artículo 1428) establecen que el pago hecho a una persona incapacitada para administrar sus bienes, será válido en cuanto se hubiere convertido en su utilidad. También será válido el pago hecho a un tercero en cuanto se hubiere convertido en utilidad del acreedor.

Por otra parte, el Proyecto de Código Civil Colombiano (artículo 562, inciso 1) puntualiza que el pago hecho al acreedor es nulo: si el acreedor es incapaz, salvo en cuanto se probare que la cosa pagada se ha empleado en su provecho.

El Código Civil de la República de China de 1930, al regular el pago, señala, en sus artículos 221 y 187, que existe responsabilidad solidaria del representante legal del deudor incapaz o restringido en sus derechos.

El Código Civil Etíope se refiere igualmente al pago hecho a un acreedor incapaz, en su artículo 1742.

- ***Análisis.***

En tanto el artículo 1223 del Código Civil Peruano trata acerca del pago efectuado por personas capaces o incapaces y sus

efectos, el artículo 1227 se ocupa del pago efectuado a personas capaces o incapaces y sus efectos.

Se podría decir que ambas normas tratan de un mismo problema pero en dos facetas distintas; en sentido inverso.

Como enseña Giorgi[1], junto al acreedor aparente está el acreedor incapacitado, reputado erróneamente capaz, el cual es también acreedor putativo en cuanto se refiere a la supuesta capacidad. Pero la cuestión de saber si puede subsanarse **ex capite bonae fidei** el pago hecho en sus manos, encuentra más serias dificultades, ya que puede, en verdad, objetarse que los principios generales del Derecho no admiten la ignorancia de la capacidad de las personas con quienes nos ponemos en relación jurídica, y como en el contrato es preciso reconocer la capacidad de aquel con quien se contrata, lo mismo debe reconocérsela en el pago.

Precisa Giorgi que una detenida ponderación nos persuadirá de la injusticia de excluir por completo la validez del pago hecho de buena fe al incapacitado, porque hay casos en que la regla falla; admitiendo también que el deudor, cuando paga, debe informarse de la condición jurídica en que se halla el acreedor. Y por ser muchos los casos en que esta incapacidad es de público conocimiento o fácil de conocer, excluye en todos estos casos la buena fe, con lo cual dice que será muy difícil confirmar un pago hecho al quebrado o al sujeto a interdicción, y estima que corrientemente el pago hecho al incapacitado no será válido. Pero anota el citado profesor italiano, que lo que ocurre con frecuencia no es constante, pues pueden darse casos en que, por muchas diligencias que practique el deudor, le sea imposible conocer, ni aun sospechar la incapacidad del acreedor; imaginando, por ejemplo, un mutuo hecho por mujer viuda que en la fecha de la restitución haya contraído segundas nupcias en otro lugar, caso en el cual el mutuatario no conocerá este cambio de estado; y pueden darse también casos en que no sea posible al deudor adquirir las infor-

(1) GIORGI, Giorgio. Op. cit., Tomo VII, Páginas 119 y 120.

maciones necesarias, encontrándose en esta condición los cajeros públicos, obligados como están a hacer innumerables pagos e imposibilitados de proceder, acto por acto, a todas las averiguaciones necesarias para reconocer la condición jurídica de las personas que se presentan a cobrar; razón por la cual, en cuanto a títulos a la orden o al portador pagaderos por los institutos públicos, casi nunca podrá anularse un pago bajo pretexto de que fue cobrado por un incapacitado. Concluye Giorgi expresando que, mientras el pago es siempre acto de necesidad, no lo son la mayor parte de los contratos, razón por la cual la máxima de que no debe ignorarse la condición del otro contratante, no se puede aplicar con todo rigor cuando se habla de pagos.

En el mismo orden de ideas, precisa Salvat[2] que el pago efectuado a un incapaz sería nulo, y, por consiguiente, el deudor podría ser obligado a pagar por segunda vez, por lo que se dice en este sentido que el que paga mal, paga dos veces. Señala Salvat que la nulidad del pago ha sido establecida como una medida de protección, pues el legislador ha temido que el incapaz invirtiese desatinadamente o disipase sin provecho alguno su dinero y para evitarlo prohíbe que el pago le sea efectuado.

Adicionalmente, Salvat refiere que el principio de la nulidad del pago hecho a un incapaz no es absoluto, pues establecido para prevenir la disipación de sus dineros por el incapaz, debía lógicamente dejar de aplicarse cuando el empleo había sido útil o provechoso para él; es decir, que sólo será válido en cuanto se hubiese convertido en su utilidad, señalando, en tal sentido, los siguientes ejemplos: (1) si se efectúa a un menor emancipado un pago de cinco mil pesos y esta suma se ha invertido en la cancelación de una hipoteca de igual valor, que gravaba una finca de su propiedad; (2) el dinero se ha convertido en mejoras necesarias o útiles; etc; y agrega Salvat que, por el contrario, no podría considerarse incluido en esta disposición el caso de mejoras voluntarias. Entiende el citado profesor que en la teoría de la ley, la suma invertida en ellas debe considerarse disipada, y, por consiguiente, no podría decirse que se hubiese convertido en utilidad del acreedor, ya que es precisamente contra esa clase de inversiones que la ley protege a los incapaces.

(2) SALVAT, Raymundo M. Op. cit., Tomo II, Páginas 226 y siguientes.

A decir de Salvat, la prueba de la utilidad del empleo del dinero entregado en pago al acreedor incapaz corresponde, de acuerdo con las reglas generales que rigen el **onus probandi**, al deudor.

Pero se plantea el supuesto de que la utilidad del empleo del dinero se haya destinado a mejoras; preguntándose en qué consiste en tal caso la prueba que el deudor debe producir, y si debe probar solamente la inversión provechosa del dinero o debe probar también que esas mejoras subsisten al tiempo de exigírsele el pago por segunda vez. Recuerda Salvat que Pothier, invocando algunos textos del Derecho Romano, hacía una distinción entre mejoras necesarias y útiles: en el primer caso, al deudor le bastaba probar el empleo provechoso del dinero; en el segundo, debía probar, además, la subsistencia del provecho; y, en opinión suya, al deudor le bastaba en todos los casos, sin distinción alguna entre mejoras necesarias o útiles, probar el empleo útil del dinero. Al respecto, diremos: 1º desde luego, el texto de la ley no hace tal distinción, se limita a exigir que lo pagado al acreedor incapaz se hubiese convertido en su utilidad; 2º desde el momento que el deudor prueba la inversión útil de lo pagado, los motivos de la nulidad desaparecen: que la inversión haya sido en cosas o mejoras necesarias o en cosas o mejoras útiles, el acreedor, lejos de disipar lo recibido, lo habrá invertido como podría haberlo hecho su representante legal; no importa, entonces, la suerte ulterior de las cosas o mejoras.

Agrega Salvat que la nulidad del pago efectuado a un incapaz puede también quedar cubierta por la confirmación del acto, la misma que puede emanar, sea del representante legal del incapaz, si ella tiene lugar antes de la cesación de la incapacidad, sea del mismo incapaz, si se verifica después de su cesación; pudiendo también quedar purgada por haber transcurrido el tiempo de la prescripción para hacer valer la nulidad.

A criterio de Salvat, si el pago fue hecho por un tercero, su acción contra el deudor sólo será procedente en la medida en que tendría efectos si él mismo lo hubiese efectuado, esto es, sobreviniendo confirmación o en la medida de la utilidad.

Por todo lo señalado, Salvat concluye en que la situación legal del deudor que ha pagado a un acreedor incapaz no puede ser peor; pues ha pagado, pero queda expuesto a todas las contingencias del empleo que el acreedor haga de lo percibido y, en caso de un empleo no provechoso, a tener que pagar por segunda vez; agrega que al deudor le interesa entonces exigir del acreedor, sea la restitución de lo pagado, sea la confirmación del pago. Algunos autores le niegan este derecho, fundándose en que la nulidad del pago ha sido establecida puramente a favor del incapaz, sin que pueda demandarla la parte capaz; pero a Salvat le parece más equitativo reconocer al deudor este derecho. Por una parte, al demandar la restitución de la cosa dada en pago o la confirmación de él, el deudor no demanda propiamente su nulidad: busca sólo evitarse un doble pago de la misma obligación, dejando librada al representante del incapaz la elección entre una u otra forma de llegar a ese resultado. Agrega Salvat que, por otra parte, la cosa dada en pago existe todavía en manos del acreedor, y, por consiguiente, ningún perjuicio experimentaría el incapaz, sea con la restitución de lo pagado, sea con la confirmación del pago; ya que en el primer caso el deudor tendría que pagar nuevamente, y en el segundo, el representante legal del incapaz quedaría habilitado para intervenir en el empleo de lo percibido y desaparece, por consiguiente, el peligro que la ley había querido evitar.

Por su parte, Pedro N. Cazeaux y Félix A. Trigo Represas[3], enfocan el tema desde la perspectiva de la ignorancia por el deudor de la incapacidad sobreviniente del acreedor. En tal sentido, señalan que puede suceder que al tiempo de contraerse la obligación el acreedor fuese capaz y que se hubiera tornado incapaz al

(3) CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Tomo II, Páginas 153 y 154.

tiempo de recibir el pago; esto supuesto, "si el acreedor capaz de contraer la obligación se hubiese hecho incapaz de recibir el pago, el deudor que sabiendo la incapacidad sobreviniente se lo hubiese hecho, no extingue la obligación"; lo que equivale a decir que si el deudor conoce la incapacidad sobrevenida al acreedor, su pago no es liberatorio. A entender de los citados profesores, la mayoría de la doctrina argentina piensa que la verdadera significación de la norma emerge de su interpretación a **contrario sensu**: cuando hay incapacidad sobreviniente del acreedor, para que el pago resulte viciado se requiere que el **solvens** tenga conocimiento de dicha incapacidad; o sea que si lo ignoraba, el pago es válido; habiéndose sostenido en contra de esta opinión que el artículo 735 del Código Civil Argentino es una mera aplicación del anterior y que, por lo tanto, aun en el caso de incapacidad sobreviniente del acreedor desconocida por el deudor, el pago no es válido sino en la medida de su utilidad. Pero es obvio que en esta forma el artículo 735 viene a resultar inoperante, al contemplar un supuesto ya previsto en el principio general del artículo 734, pues el conocimiento o la ignorancia de la incapacidad acaecida al acreedor no influiría para nada en cuanto a la validez o nulidad del pago, en tanto no mediare un provecho para el acreedor.

Opinan Cazeaux y Trigo Represas que la aplicabilidad de esta excepción a la invalidez del pago hecho a un incapaz exige dos condiciones: que el **solvens** pague de "buena fe", es decir, creyendo que el acreedor es todavía capaz; y que la incapacidad sea sobreviniente al nacimiento de la obligación, siendo este requisito fundamental, pues confiere al pago una nota peculiar: como el acreedor era capaz **ab initio**, el deudor pudo verosímilmente pensar que lo seguía siendo al tiempo del pago; razón por la cual, si el acreedor era incapaz en el momento de contratar y también al tiempo de recibir el pago, la ignorancia del obligado carecería de relevancia y el pago sería nulo por encuadrar en lo dispuesto por el artículo 734 del Código Civil Argentino. De este modo, al deudor que pretenda la validez del pago, le corresponderá acreditar que el acreedor era capaz al tiempo del nacimiento de la obligación y posteriormente advino su incapacidad; pero probado esto, su "buena fe" en el pago se presume, porque

la regla es la validez del pago, y corresponderá entonces al acreedor (o a su representante) que lo impugne y pida su nulidad, la acreditación de que el **solvens** tenía conocimiento de la existencia de tal incapacidad.

Por otra parte, Jorge Joaquín Llambías[4] enseña que la nulidad del pago al incapaz tiene el sentido de proteger a éste, ya que la ley supone que si se deja en manos del incapaz el producto del pago, es posible descontar la disipación o mala inversión que él pueda hacer de los bienes pagados; y para evitar ese perjuicio seguro del incapaz es que se sanciona al pago con la nulidad, poniéndose al deudor en la necesidad de pagar nuevamente, con todos los recaudos legales, si quiere desobligarse.

Pero precisa Llambías que ya no tiene razón de ser la nulidad si, contra lo que podría esperarse, el pago ha sido provechoso para el acreedor incapaz, pues si pese a ese provecho, todavía se mantuviera la nulidad del pago, se autorizaría un enriquecimiento injusto del acreedor que cobraría dos veces un mismo crédito: primero, mediante el provecho conseguido a raíz del primer pago, y luego, mediante la exigencia de la prestación debida que concretara su representante; y es justamente para eludir esa notoria injusticia que se declara la validez del pago útil. Agrega el citado autor que hay utilidad para el incapaz siempre que a raíz del pago aquél obtenga un beneficio patrimonial, sea por un incremento del activo o por una reducción del pasivo.

A entender de Llambías, hay incremento del activo patrimonial del incapaz, cuando se invierte el producto del pago en mejoras útiles o expensas necesarias, pero no si se emplea en mejoras voluntarias que no aumentan el valor de los bienes. En cambio, hay reducción del pasivo del incapaz, si se destina el producto del pago a solventar sus deudas, o costear gastos indispensables, como la alimentación; siendo claro que se enriquece el incapaz, en la medida que se le evita una pérdida al quedar desgravado por una cierta suma.

---

(4) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo II - B, Páginas 192 y siguientes.

Continúa diciendo que la utilidad se aprecia en el momento de la inversión del producto del pago en cuestión, sin que interesen las oscilaciones posteriores: tal vez la utilidad desaparece después, o a la inversa, aumenta por la repercusión de coyunturas favorables; no influyendo nada de ello en el asunto, pues el incapaz, como dueño de los bienes que recibieron la inversión, es quien se perjudica o beneficia con esas variaciones.

Concluye Llambías señalando que la prueba de la utilidad que el pago le ha brindado al acreedor, le incumbe al deudor; y si, pese a la incapacidad del acreedor, el "**solvens**" pretende que el pago es válido, a él le corresponde acreditar los extremos de ese efecto excepcional, a saber: la utilidad que produjo el pago al acreedor y la medida o valor de esa utilidad que delimita también la proporción en que el pago es liberatorio para el deudor.

El principio general del artículo 1227 del Código Civil Peruano, interpretado **contrario sensu**, es que el pago hecho a personas capaces extingue la obligación (naturalmente de ser estas personas capaces acreedoras de la prestación ejecutada).

Pero el artículo bajo comentario sólo se refiere de manera expresa a las personas incapaces. Para estos casos, caben dos supuestos:

(1) Que el pago sea efectuado a una persona incapaz (acreedor de la obligación), pero con el asentimiento de su representante legal (padres, tutores o curadores), caso en el cual el pago extinguirá la obligación.

(2) Que el pago sea efectuado a una persona incapaz (acreedor de la obligación), pero sin el asentimiento de su representante legal. En este caso, la regla general será que el pago se considerará inválido. Sólo no lo será (vale decir que será válido en la parte pagada -o por completo, de ser el caso-) en el supuesto que se pruebe que dicho pago fue de utilidad para el incapaz. Y esta situación encuentra sustento en los argumentos esgrimidos por el Doctor León Barandiarán, al comentar la norma del Código Civil de 1936 que sirvió de

antecedente al artículo 1227 del Código de 1984[5], cuando expresa que "Se deduce del artículo 1240 que para el concepto del legislador peruano, el pago es un acto jurídico, y de carácter bilateral, en el sentido que es indispensable la capacidad tanto del que lo realiza como también del que lo recibe. El artículo 1240 indica, por eso, que de hacerse el pago a un incapaz sin consentimiento de su representante, no se extingue la obligación. O sea, que el deudor quedará siempre obligado. La disposición a que se contrae el citado artículo obedece, además, a una previsión de protección para el incapaz, que tal vez no aproveche útilmente de lo que se le da en pago. De ahí la excepción contenida en el segundo apartado del artículo 1240."

Naturalmente debe comprenderse que se entenderá extinguida la obligación no en la parte pagada, tal como señala la última frase del artículo 1227, sino en la parte en que lo pagado (se trate de una ejecución total o parcial) haya sido aprovechado (útil) por el incapaz. Esto equivale a decir que será valido el pago en lo que se hubiese utilizado para beneficio del incapaz. Contrariamente, en aquello en que no le hubiese beneficiado, no será válido el pago.

Consideramos que el beneficio que debe reportar el pago al incapaz, precisa estar relacionado directamente con las necesidades de la vida diaria o con cualquier destino que le signifique utilidad (como podría ser el caso en que dicho incapaz lo hubiera gastado en cosas u objetos que requiera habitualmente o en el pago de obligaciones apremiantes a su cargo, etc.). Por otra parte, también se trataría del supuesto del incapaz que no gastó o no dispuso de algo de lo recibido (como podría ser el caso de un niño que hubiese recibido una cantidad de dinero y la hubiera conservado para luego entregársela a sus padres).

Por último, debemos señalar que cuando alguien paga a un incapaz, sin asentimiento de sus representantes legales, pero creyendo de buena fe que dicho incapaz no era tal sino que se trataba de persona capaz, y el pago no hubiera sido útil al incapaz, no tendrá derecho para repetir lo pagado. Simplemente deberá volver a pagar. Es evidente que lo propio ocurrirá si pagó con mala fe, es decir, si lo hizo a sabiendas de que el pago se verificaba en favor de un incapaz.

(5) LEON BARANDIARAN, José. Op. cit., Tomo II, Página 279.

- ***Concordancias nacionales.***

Incapacidad absoluta, artículo 43 del Código Civil / Incapacidad relativa, artículo 44 del Código Civil / Representación legal de incapaces, artículo 45 del Código Civil.

- **PAGO QUE EFECTUA EL DEUDOR DESPUES DE NOTIFICADO PARA NO VERIFICARLO.**

Artículo 1228.- "*El pago efectuado por el deudor después de notificado judicialmente para que no lo verifique, no extingue la obligación.*"

- ***Fuentes nacionales del artículo 1228.***

Dentro de la legislación colonial, y en lo referente al pago hecho después de la notificación judicial, podemos mencionar a la *Ley de las Siete Partidas*, Ley 5, Título XIV, Partida Quinta: "**Este defendimiento dezimos que se deue entender en esta guisa, si fuese fecho, ante que lo uisse, este que presto los marauedis, comencado a demandar al debdo por juyzio. Mas si lo defendiesse después que el ouisse fecha la demanda dellos, e si contra tal defendimiento los pagasse, non seria quito del debdo. Ante dezimos, que lo auria a pagar otra vez, a aquel que rescibio la promissión.**"

El artículo 1228 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, contaba con el numeral 836: "El pago hecho por el deudor al acreedor en perjuicio de un tercero o habiendo oposición, es nulo con respecto a los opositores y al deudor, y pueden éstos obligarlo según su derecho a pagar de nuevo; salvo en este caso único su recurso contra el acreedor."

El *Código Civil de 1852* trataba el tema en dos normas, los artículos 2223: "No extingue su obligación el deudor que paga a su acreedor, después de estar notificado judicialmente para que no lo verifique."; y 2224: "Si está obligado a entregar especie determinada, y hace la entrega contra la prohibición judicial, debe responder además por los daños que sufra la especie."; en tanto que el *Proyecto de Código Civil de 1890*, lo hacía en el numeral 2914: "No extingue la obligación: 1° El que paga a los incapaces, pródigos o ebriosos declarados, sin consentimiento de sus guardadores; pero si se prueba que se pagó para alimentar o curar a cualquiera de las personas mencionadas, aunque haya sido sin anuencia de los guardadores, se extingue la obligación en la parte pagada; 2° El deudor, que paga a sabiendas de la incapacidad civil en que ha caído el acreedor, después de contraída la obligación; 3° El deudor que hace pago a su acreedor, después de estar notificado judicialmente para que no lo pague, o para que pague a un tercero.- Si la obligación es de entregar cosa determinada, y el deudor la entrega contra la prohibición judicial, no sólo no se extingue la obligación, sino que aquél debe responder de los daños que reciba la especie entregada; y 4° Cualquiera deudor del concursado que le paga, después de publicada la declaratoria del concurso."

El *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925*, trataba el particular en el numeral 206: "No extingue su obligación el deudor que paga a su acreedor, después de estar notificado judicialmente para que no lo verifique."; en tanto que el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926*, lo hacía en el artículo 196: "No extingue su obligación el deudor que paga a su acreedor, después de estar notificado judicialmente para que no lo verifique."; el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936*, en el numeral 1233: "No extingue su obligación el deudor que paga a su acreedor después de estar notificado judicialmente para que no lo verifique."; y el *Código Civil de 1936*, en el artículo 1242: "No extingue su obligación el deudor que paga a su acreedor después de estar notificado judicialmente para que no lo verifique."

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973*, abordó el tema en el artículo 92: "No extingue su obligación el deudor que paga a su acreedor después de estar notificado judicialmente para que no lo verifique."; en tanto que el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980*, lo hacía en el numeral 95: "No es válido el pago efectuado por el deudor después de notificado judicialmente para que no lo verifique."; el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981*, en el artículo 1249: "No es válido el pago efectuado por el deudor después de notificado judicialmente para que no lo verifique."; y, finalmente, el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984*, en el artículo 1196: "El pago efectuado por el deudor después de notificado judicialmente para que no lo verifique, no extingue la obligación."

- ***Fuentes y concordancias extranjeras.***

Coinciden con el artículo 1228 del Código Civil Peruano, entre otros, los Códigos Civiles Portorriqueño de 1930 (artículo 1119), Uruguayo (artículo 1457), Español (artículo 1165), Brasileño (artículo 938) y Guatemalteco de 1973 (artículo 1388).

Los Códigos Civiles Mexicano (artículo 2077), Panameño (artículo 1052) y Hondureño (artículo 1430) establecen que no será válido el pago hecho al acreedor por el deudor después de habérsele ordenado judicialmente la retención de la deuda.

Además, el Código Civil Boliviano de 1976 (artículo 301) prescribe que el pago hecho por el deudor después de haber sido notificado con un mandamiento de embargo o con una oposición, no libera al deudor, quien puede ser obligado a pagar de nuevo

por el embargante o el opositor, salvo, solamente, en este caso, su recurso contra el acreedor.

Por otra parte, debemos mencionar al Código Civil Venezolano de 1942 (artículo 1289), cuando dispone que el pago hecho por el deudor a su acreedor, no obstante embargo de la deuda o acto de oposición en las formas establecidas por la ley, no es válido respecto de los acreedores, en cuyo favor se ordenó el embargo, o de los oponentes: éstos, en lo que les toca, pueden obligarlo a pagar de nuevo, salvo en este caso únicamente de su recurso contra el acreedor.

- ***Análisis.***

El Doctor José León Barandiarán[1] interpretaba el artículo 1242 del Código Civil Peruano de 1936, que sirvió de fundamento al numeral 1228, bajo comentario, con las siguientes expresiones:

"El patrimonio de una persona responde por las obligaciones de ésta. La existencia de un crédito en favor de la misma, pudiendo llegar a formar parte de su acervo patrimonial, queda, de consiguiente, sujeta a tal responsabilidad. De aquí que un acreedor de dicha persona pueda obtener orden judicial para que no le sea pagado el crédito que dicha persona tenga frente a tercero. Y éste se halla impedido, desde el momento en que es notificado judicialmente, a verificar el pago. Es lo que dispone el artículo 1242 (se refiere al Código Civil de 1936). Entran entonces en juego tres individuos: el deudor y el acreedor por la obligación cuyo pago se quiere evitar, expidiéndose la orden judicial al deudor para que no haga el pago a su acreedor, y un tercero, acreedor del último.

Corresponde al derecho procesal, por otra parte, determinar en qué casos puede ser procedente una orden de retención, o sea, el secuestro conservativo.

(1) LEON BARANDIARAN, José. Op. cit., Tomo II, Páginas 282 a 284.

Si el deudor efectúa el pago contra la orden judicial, tal pago no extingue la obligación, dice el artículo 1242 (del Código Civil de 1936). Más propio sería decir que él no es válido respecto al tercero (acreedor embargante), pues en efecto, la consecuencia del pago verificado en tales circunstancias es que el **solvens** queda obligado a hacer nuevo pago en favor del acreedor embargante, quedándole al primero expedito su derecho para repetir contra su acreedor, ya que de otra forma éste se enriquecería indebidamente."

Hasta aquí las palabras del Doctor León Barandiarán.

También resulta de interés apreciar la opinión del Doctor Angel Gustavo Cornejo sobre el particular[2]:

"Los créditos forman parte del patrimonio y entran también en la garantía general de las deudas. En el supuesto de que un acreedor del que tiene este mismo carácter en la relación obligatoria de que se trate, embargase, en manos de un deudor de este último, la suma de dinero o la cosa que es objeto de la relación obligatoria de que se trate, queda éste impedido de pagar a su acreedor. El crédito embargado queda, en cierto modo, desvinculado del patrimonio del acreedor y el ejecutante adquiere sobre él un derecho preferencial que lo asigna a su patrimonio. El pago que hiciere el deudor ejecutado entregando al acreedor la cosa embargada por el que a su vez, lo es de este último, redundaría en perjuicio del ejecutante. Este es el fundamento del artículo que hemos transcrito.

De su texto se deduce:

(1) Que la deuda embargada se hace intangible en relación al embargante. El acreedor no podrá, pues, otorgar a su deudor en cuyas manos ha embargado la deuda de un tercero, ni la condonación ni un nuevo plazo para el pago, ni celebrar

(2) CORNEJO, Angel Gustavo. Op. cit., Tomo II, Derecho de Obligaciones, Volumen I, Páginas 334 y 335.

con él una novación ni otro acto que implique la disposición de lo debido.

(2) Que el deudor en cuyas manos se hace el embargo no podría oponer al embargante la compensación que habría podido oponer a su acreedor, si hubiera adquirido contra él una acreencia, después de hecha la notificación del embargo. Compensar es pagar, y si no se puede esto, tampoco se podrá lo primero. La notificación judicial de retención priva al acreedor del derecho de exigir y al deudor del de ejecutar el pago: la contravención del mandato que prohibe la ejecución del pago, haría a éste nulo. La eficacia del pago, sin embargo, se refiere sólo al tercero embargante; no tiene eficacia en cuanto a las relaciones entre el acreedor y el deudor, que se mantienen en los términos de la relación que los liga. La ineficacia del pago se produce, pues, sólo en cuanto afecte el derecho del embargante. Aquí termina el efecto de la notificacion judicial que requiere al deudor para no verificar el pago al acreedor. El Código en vigor (se refiere al de 1936), no agrava la responsabilidad del que infringe la prohibición, cuando se trata de la entrega de una especie determinada con la responsabilidad de los daños que sufra la especie. Desde que el deudor no queda desvinculado de la obligacion por el pago irregular a que se refiere el artículo, no interesa al acreedor que se le ponga a cubierto de los daños que pueda sufrir la especie que debía recibir, en manos del que la ha recibido.

Su derecho es recibir la cosa objeto de la prestación que tuviere que hacer en su provecho el deudor común: si esta especie se deteriora o se pierde, los riesgos no son de su cargo."

Por su parte, el Doctor Jorge Eugenio Castañeda[3] expresaba al respecto lo siguiente:

"O sea que el deudor tendrá que pagar dos veces, porque

(3) CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Op. cit., Tomo III, Páginas 57 y siguientes.

será obligado a pagar, además, al tercero que consiguió que el juez notificara.

A esta forma se refieren los artículos 622, 623, 624 y 625 del Código de Procedimientos Civiles (alude al Código de 1912), por los cuales quien debe pagar queda constituido en retenedor, pudiendo convertirse en depositario si consiente en asumir este carácter.

Si el retenedor paga a su acreedor, en realidad paga a quien ya no es tal acreedor y defrauda los derechos del ejecutante, por lo que éste puede constreñirlo a pagar de nuevo.

Es lo que en la doctrina francesa se conoce bajo el nombre de 'oposición al pago'.

Quien recibe la oposición debe abstenerse de pagar; de lo contrario se encuentra expuesto a pagar dos veces.

Con la consignación de la suma que se debe a su deudor, el acreedor se cubre del riesgo de que el tercero retenedor caiga también en la insolvencia. El acreedor puede pedir que el retenedor consigne la cantidad retenida a orden del juez de la ejecución; dicho retenedor no podría oponerse si la deuda le fuere ya exigible (artículo 624 del Código de Procedimientos Civiles de 1912).

La oposición al pago no otorga a quien la formula ningún derecho de preferencia; se trata de un embargo, pero dentro del procedimiento de tercería preferencial de pago o de igual derecho o dentro de la graduación de créditos, el que formuló la oposición no puede invocar privilegio alguno. El orden de los embargos carece de influencia sobre la distribución del importe del crédito embargado, salvo esa preferencia que concede el artículo del Reglamento de las inscripciones. El crédito, al igual que otros bienes, constituye prenda común de los acreedores y será distribuido a prorrata entre los que concurran. De lo dicho resulta que la llamada oposición al pago no concede a quien la pide ningún derecho

privativo; se trata sólo de una medida de espera que tiende a conservar el patrimonio de su deudor.

Dentro del procedimiento judicial correspondiente, el acreedor se hará pago con el monto del crédito embargado materia de la oposición al pago que sea suficiente para cubrir la deuda materia del juicio; se produce la atribución y transferencia al embargante del crédito retenido."

Hasta aquí las expresiones del Doctor Castañeda.

Por nuestra parte señalamos que el Código Civil solamente ha contemplado el supuesto de la notificación judicial, vale decir, la resultante de un proceso judicial, debiendo hacerse extensivo este criterio, sin duda, a los mandatos emanados de la jurisdicción arbitral o militar, reconocidos por el artículo 139, inciso 1, de la Constitución vigente. Consideramos que el principio previsto es acertado, pues no obstante que el supuesto de notificación extrajudicial es más expeditivo, en este caso podría ordenarse arbitrariamente que no se hiciera el pago. Y éste (el pago) es no sólo una obligación, sino también un derecho del deudor.

El caso es que, habiéndose producido la notificación, el deudor ya no podría ejecutar válidamente su prestación. De haber sido notificado para ello, y aun así la ejecutase, ella no extinguiría la obligación.

Este sería el caso, por ejemplo, de que se notificara judicialmente al empleador de un trabajador, a fin de que no le pague su sueldo, porque existe un juicio de alimentos pendiente; o de que se notifique a un deudor para que no pague con un bien determinado, porque él se encuentra en litigio.

La notificación a que se refiere el precepto siempre emana de la solicitud de un tercero que alega y logra, aunque no sea definitivamente, sino a través de una medida cautelar, que el deudor no le pague al acreedor.

La norma no se refiere, desde luego, a mandatos dictados a

instancias del acreedor. Es verdad que el acreedor puede tener razones valederas para rehusar el pago. Pero no requiere, para ello, de orden alguna. Será suficiente que no lo acepte, que lo rechace. El deudor, cuando proceda, podrá consignar la prestación, o, en todo caso, constituir en mora al acreedor. Luego podrá sobrevenir una controversia entre deudor y acreedor, en que se ventilará si la prestación ofrecida era la debida o no.

El punto bajo análisis admite dos supuestos. El primero, que el deudor sea notificado únicamente para que retenga el pago, porque podría existir, por ejemplo, controversia entre el acreedor y un tercero sobre la titularidad del derecho. El segundo, que exista mandato judicial definitivo para que el deudor no pague al acreedor sino a un tercero.

Las consecuencias jurídicas, en ambos casos, pueden ser distintas.

Si en la primera hipótesis el deudor, desacatando la orden judicial, hace el pago al acreedor, este pago no extingue la obligación. Pero si al concluir la controversia el acreedor resulta victorioso, tal pago, sin duda, la extinguiría. En caso contrario, esto es si el tercero gana el pleito, el deudor tendría que pagar nuevamente, sin perjuicio de exigir la restitución al acreedor a quien pagó indebidamente.

Si en el segundo supuesto el deudor paga al acreedor, paga mal, y en este caso estará obligado a pagar nuevamente a aquél a quien el juez le ordenó que lo hiciera, prevaleciendo su derecho a la restitución por el acreedor.

Pero hablamos de restitución y ella no es siempre posible. Puede tratarse, como en los casos que antes hemos citado, de bienes no fungibles que se han consumido por el uso, o que existen pero deteriorados, o que se han extraviado, o que simplemente ya no existen; o de prestaciones de hacer inmateriales, donde nada es posible de restituir; o de prestaciones de no hacer, en que la abstención ya se ha ejecutado.

Consideramos que en estos casos, como regla general, el acreedor estaría obligado a restituir al deudor, aunque en forma imperfecta, esto es, en dinero, el valor de la prestación. Partimos de la base, para llegar a esta conclusión, de que el acreedor también tenía conocimiento de la notificación y que, no obstante ello, la **turpitude** del deudor y del acreedor determinó que aquél pagara mal. Si el acreedor negligente o doloso no restituyera al deudor, aunque este hubiera sido negligente, se enriquecería indebidamente.

Caso distinto sería aquél en que el deudor notificado para no pagar, con desconocimiento de este mandato por el acreedor, efectuara tal pago, el mismo que naturalmente sería recibido por dicho acreedor. Aunque aquí se trataría sólo de negligencia imputable al deudor, estimamos que elementales razones de justicia, y los propios principios del enriquecimiento indebido, exigirían al acreedor restituir el valor de la prestación.

Por otra parte, en caso que el deudor pagara al acreedor luego de notificado para no hacerlo, y éste no pudiera restituir la prestación, por tratarse, por ejemplo, de un bien que ha perecido en manos del acreedor, no podría cumplir con dicha prestación frente al tercero. Jurídicamente se trataría de un caso equivalente al de pérdida de la prestación, por dolo o por culpa del deudor. Entonces el deudor quedaría ante el tercero obligado al pago de una indemnización de daños y perjuicios, prevaleciendo, sin embargo, su derecho para exigir a quien pagó mal la restitución del valor de la prestación.

- Jurisprudencia peruana del artículo 1228.

El tema del pago efectuado por el deudor después de haber sido notificado judicialmente para que no lo verifique, ha dado origen, entre otras, a las siguientes Ejecutorias Supremas:

I.- "Pago hecho después de la notificación judicial: aplicación del dispositivo." Ejecutoria del 18 de julio de 1900, Calle, "Vistas Fiscales", Tomo II, Página 57. (Artículo 1242 del Código Civil de 1936).

II.- "La retención notificada al deudor no altera el vínculo jurídico establecido entre él y su acreedor; éste queda únicamente impedido de recibir el pago de lo que se le debe sin mandato judicial." Anales Judiciales, 1905, Página 179. (Artículo 1242 del Código Civil de 1936).

III.- "El Código de Comercio y la Ley 16587 de Títulos-Valores reconocen el endoso en blanco como una de las formas de transmisión de las letras de cambio.

Sólo en caso de mala fe se puede privar la justificación al tenedor del título.

El pago que no se hace al acreedor o al designado por el juez o por la ley no extingue la obligación. Tampoco la extingue el deudor que paga a su acreedor después de estar notificado para que no lo verifique." Ejecutoria del 10 de julio de 1973. Revista de Jurisprudencia Peruana, Número 356, 1973, Página 1117. (Artículos 1238 y 1242 del Código Civil de 1936 y 1224 del Código Civil de 1984).

- PRUEBA DEL PAGO.

Artículo 1229.- "*La prueba del pago incumbe a quien pretende haberlo efectuado.*"

- Fuentes nacionales del artículo 1229.

Dentro de la legislación colonial, en lo referente a la carga de la prueba, podemos mencionar a la *Ley de las Siete Partidas*, Ley 29, Título XIV, Partida Quinta: "**Si aquel a quien fazen la demanda, conoce la paga, diziendo quel fecha verdaderamente, e non yerro; que estonce el demandador deue prouar el yerro, e si lo prouare, deuele ser tornado lo que pago. Mas si el demandado negasse la paga, e el demandador prouasse tan solamente que la auía fecho, maguer non prouasse el yerro, tenudo es el demandado de tornarle aquello quel pago. Fueras ende, si quisiesse luego prouar, que la paga le fuera fecha verdaderamente.**"

El artículo 1229 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*; 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*; ni en el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926*.

El tema fue abordado por primera vez en nuestro país en el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936*, en el artículo 1271: "La prueba del pago incumbe al que pretende haberlo efectuado. También corre a su cargo la del error con que lo hizo, a menos que el demandado negare haber recibido la cosa que se le reclame. En este caso, justificada por el demandante la entrega, queda relevado de toda otra prueba. Esto no limita el derecho del demandado para acreditar que le era debido lo que se supone que recibió."; seguido por el *Código Civil de 1936*, en el numeral 1282: "La prueba del pago incumbe al que pretende haberlo efectuado. También corre a su cargo la del error con que lo hizo, a menos que el demandado negare haber recibido la cosa que se le reclame. En este caso, justificada por el demandante la entrega, queda relevado de toda otra prueba. Esto no limita el derecho del demandado para acreditar que le era debido lo que se supone que recibió."

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973*, no abordó el tema.

En cambio, sí lo hicieron el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980*, artículo 96: "La prueba del pago incumbe a quien pretende haberlo efectuado."; el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981*, artículo 1250: "La prueba del pago incumbe a quien pretende haberlo efectuado."; y, finalmente, el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984*, artículo 1197: "La prueba del pago incumbe a quien pretende haberlo efectuado."

- ***Fuentes y concordancias extranjeras***.

Coincide con el artículo 1229 del Código Civil Peruano, entre

otros, el Anteproyecto Paraguayo de Luis de Gásperi (artículo 820, primer párrafo).

- ***Análisis***.

Quien ejecuta una prestación podrá probar el pago de dos maneras:

(1) Por el recibo que le otorgue el acreedor de la obligación.

(2) Por las formas previstas por la ley procesal (Código Procesal Civil) para probar en juicio.

El deudor que paga una prestación, podrá demostrarlo por cualquiera de las dos formas señaladas. Pero, evidentemente, cuando alguien pague deberá asegurarse de tener luego los medios probatorios para acreditarlo. De lo contrario sería un deudor cumplido, pero negligente, ya que la ausencia de pruebas no le permitiría acreditar nada y podría estar frente a un acreedor mal intencionado que le exigiera judicialmente una nueva ejecución de la prestación ya pagada, situación que podría traer como resultado la derrota judicial del deudor y, por consiguiente, su obligación de volver a pagar, a pesar de haberlo hecho anteriormente.

Debemos reiterar que la carga de la prueba se impone al deudor porque éste tiene siempre el derecho de exigir recibo por el pago.

Prueba es pues el medio del que nos servimos para acreditar la verdad de un hecho. Aquí, como lo hemos señalado, la palabra "prueba" puede tener dos acepciones.

La primera, la directa, aquella que inmediatamente se refiere al hecho para cuya demostración se utiliza. En este caso la prueba está constituida, qué duda cabe, por el recibo. Este, cuando es válido, constituye prueba plena del pago, salvo que las circunstancias, según lo prescribe el artículo 1226 del Código Civil, se opongan a admitir esa presunción.

La segunda acepción es la que podemos determinar como refiriéndose a las pruebas indirectas, es decir, como aquéllas que recaen sobre el hecho del que se deduce el principal, y que constituyen indicios, presunciones o formas de demostración más o menos vehementes y más o menos rebatibles por otras pruebas, según el carácter de las presunciones, la inmediación de los indicios o la naturaleza de las demostraciones. Esto quiere decir que no tan sólo con el recibo se acredita el pago. El puede probarse por cualquiera de las formas previstas por la ley.

Aquí debemos aclarar, sin embargo, que en otros casos la prueba del pago no exige la presentación del recibo, ni la necesidad de acreditar presunciones, indicios o demostraciones. Por ejemplo, si el deudor ha recibido en devolución el instrumento en que conste la deuda (devolución, por ejemplo, de una letra, cheque, vale o pagaré) ya no tendrá necesidad de que se le otorgue recibo alguno.

Y si trasladamos estos principios a otras formas de extinción de las obligaciones, por ejemplo a la condonación, debemos recordar que, conforme al artículo 1297 del Código Civil, la deuda queda condonada, esto es, extinguida, cuando el acreedor entrega al deudor el documento original en que consta aquélla, salvo que el deudor pruebe que la ha pagado. Y, por su parte, el artículo 1298 determina que la prenda en poder del deudor hace presumir su devolución voluntaria, salvo prueba en contrario.

En conclusión, siendo el pago en algunos casos un acto jurídico y en otros un hecho jurídico, él puede, en suma, ser acreditado por cualquier medio probatorio.

Pero, nos preguntamos, ¿siempre corresponde al deudor la prueba del pago? La respuesta negativa se impone. Por ello es que el precepto recogido por el artículo 1239 tiene carácter general, pero admite excepciones.

Si se trata de obligaciones de no hacer, esto es, de obligaciones de abstención o negativas, parece lógico que generalmente corresponda al acreedor demostrar la inejecución de la obligación. Existen casos, sin duda, en que no es posible para el deudor acreditar "que no hizo", y en ellos competiría al acreedor probar la inejecución de la obligación.

Este mismo principio sería aplicable si el pago lo hace un tercero. Aquí sería el tercero quien debe exigir recibo al acreedor, y quien tendría que demostrar, para repetir o subrogarse contra el deudor, que realizó el pago. Se exceptúa, desde luego, el caso en que el deudor alegue ante el acreedor el pago por un tercero, con quien, por ejemplo, tiene un acuerdo. En esta hipótesis podría exigirse al propio deudor probar el pago.

Las situaciones expuestas, sin embargo, son excepcionales. Ellas no derogan la regla general consignada por el artículo 1229 del Código Civil. El precepto se aplicará, pues, en la generalidad de los casos, debiendo analizarse, para las excepciones, todas las circunstancias.

Pensamos, en fin, que el deudor que ostenta un recibo, goza de la presunción de que pagó la prestación debida. En caso contrario, corresponderá al acreedor demostrar que, no obstante haber emitido recibo, la prestación se cumplió defectuosamente o, simplemente, no se cumplió.

No obstante lo expresado, deseamos ilustrar el precepto bajo análisis con la opinión de distinguidos civilistas, quienes comentan, eventualmente, supuestos de hecho adicionales.

Explica el profesor colombiano Guillermo Ospina Fernández[1] que según el principio general de que a quien propone una excepción le corresponde la carga de la prueba en que ésta se funda, al deudor que alega haber pagado una obligación le corresponde acreditar este pago, bien sea con los recibos respectivos, o con otra prueba idónea para el efecto, como la confesión del acreedor.

---

(1) OSPINA FERNANDEZ, Guillermo. Op. cit., Página 375.

Para Josserand[2], en caso de controversia es al deudor a quien incumbe la prueba del pago, pues, en efecto, las apariencias le condenan, ya que, por hipótesis, el acreedor ha hecho prueba de la existencia de su derecho. Entonces, al deudor corresponde contestar demostrando que dicho derecho ha quedado extinguido; y si el acreedor hubiera entregado a su antiguo deudor el título que comprobara la existencia de la deuda, en tal caso este deudor no tendría ya nada que temer, ni tendría que justificarse siquiera, porque su contradictor no estaría en condiciones de probar la obligación; se encontraría completamente desarmado.

Señala Josserand que cuando el deudor sostiene que la deuda, cuya existencia está probada, ha sido extinguida por el pago, tiene que justificar su alegación, y que, para tal efecto, ordinariamente presentará un recibo; recurrirá, por consiguiente, a la prueba escrita, prueba tanto más eficaz cuanto que, según una jurisprudencia pretoriana, pero bien establecida y que obedece a necesidades prácticas imperiosas, el recibo hace fe de su fecha, por sí mismo, respecto a todos y aparte de circunstancias que dan certeza en semejante materia. En defecto de recibo, el deudor puede utilizar los registros y papeles domésticos del acreedor (y no los suyos), o podrá reclamar una mención que el acreedor ha podido inscribir en su título. No existiendo prueba escrita, podrá el deudor recurrir a la prueba testimonial o a las presunciones simples. En todo caso, agrega Josserand, puede, después de transcurrido cierto plazo a contar del nacimiento de la deuda, invocar la prescripción extintiva que se reduce a una presunción legal de liberación.

Para Eduardo B. Busso[3], el principio es que el deudor que sostiene haberse liberado mediante el pago de la obligación, debe probarlo; pudiendo expresarse este principio diciendo que el pago "no se presume", bien entendido que esto no obsta a que pueda probarse por presunciones, lo que es cosa distinta.

---

(2) JOSSERAND, Louis. Op. cit., Tomo II, Volumen II, Páginas 686 y 687.

(3) BUSSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo IV, Páginas 341 y siguientes.

Agrega Busso que se resolvió en un caso argentino que una vez probada la existencia del crédito, para que el deudor pueda tener éxito en su defensa debe producir una prueba plena y decisiva del pago, pues éste constituye un acto jurídico cuya justificación corre a cargo de quien lo invoca. Pero señala que, por excepción, en las obligaciones de no hacer sería el acreedor que sostuviera que ha existido infracción, quien debería probarla; y, en tanto esa prueba no se produjera, regiría la presunción de que el deudor cumplió (pagó) la abstención prometida.

Precisa Busso que, en principio, el deudor no sólo debe probar que pagó, sino que ese pago ha sido conforme a los términos de la obligación. Pero el cargo de esta segunda prueba se vuelca si el deudor prueba que el acreedor aceptó el pago sin formular protesta ni reserva, siendo la recepción, en principio, una conformidad tácita del acreedor con relación a la exactitud del pago.

No obstante ello, anota el citado autor que en ciertos supuestos la recepción no tiene valor de aceptación, como ocurre cuando al tiempo del recibo no se puede revisar la prestación.

A entender de Busso, si libremente se recibe y acepta en pago cosa distinta a la debida, esa manifestación de voluntad vendrá a ser una conformación a la sustitución operada, configurándose en tal caso una dación en pago.

Busso expresa que en ciertos casos, en vez de probar el deudor el pago, es el acreedor quien tiene que probar la falta de pago; supuestos en los cuales, no sólo se invierte la carga de la prueba, sino también su contenido, pues lo que se prueba es algo negativo: se prueba el "no pago".

Busso, adicionalmente, se pone en el caso del beneficiario de un pagaré que se haya extraviado antes de hacerse efectivo, expresando que esa persona debe probar no sólo la existencia de la deuda, sino también el hecho de que ella no fue saldada; confundiéndose, en realidad, esta última prueba con la del extravío, pues, probando el acreedor que los pagarés se perdieron mientras estaban en su poder, da lugar a que se presuma que estaban impagos.

Nos dice Llambías[4] que el pago no se presume, debe ser comprobado, y al deudor que pretende su liberación le incumbe la prueba del pago, así como al acreedor que invoca su carácter de tal le corresponde probar la existencia de la obligación.

Agrega el profesor Llambías que el deudor no sólo debe probar el pago, sino que éste se ajusta a los términos de la obligación; pero en cuanto a esto, la aceptación del acreedor de ese pago, sin salvedad alguna, hace presumir su corrección.

En cambio, por excepción, el deudor no debe producir la prueba del pago si se trata de una obligación de no hacer: él paga absteniéndose; al acreedor que enuncia la infracción a ese deber negativo le toca probar el acto indebido. En tanto que también le corresponde al acreedor probar la falta de pago del deudor, cuando sustenta en ese incumplimiento la pretensión a obtener "las indemnizaciones correspondientes", o si funda en el pago algún derecho a su favor como el reconocimiento de la deuda, su confirmación, etc.

Anota Llambías que cuando el pago es efectuado por un tercero, a éste que lo invoca le corresponde su prueba; pero si la alegación del pago por el tercero la hace el deudor, se vuelve al principio general, tocándole a él la prueba del pago efectuado por el tercero.

Recuerda el citado civilista que el punto relativo a la idoneidad de los medios de prueba para acreditar el pago ha suscitado amplia controversia. Para una primera posición, siendo el pago un acto jurídico, es posible demostrar su efectiva realización por todos los medios admisibles para probar esa clase de actos, como los testigos y las presunciones. Se puede acreditar el pago por todos los medios idóneos para demostrar los contratos; pero, también se dice, con las mismas limitaciones. Para otra tesis, no se justifica la restricción probatoria con relación al pago, que no es

(4) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo II - B, Páginas 322 y siguientes.

un contrato, sino un acto jurídico extintivo. El contrato está en el origen de la obligación, y se explica el sentido restrictivo de su comprobación, cuando tiene cierta importancia económica, para que no pueda imponerse a alguien una obligación que no ha asumido, en base exclusiva al dicho de testigos que pueden ser mendaces.

Empero -a decir de Llambías-, el pago no está en el origen de la obligación, sino en su finalización, y se explica de esta forma que, sobre la base de la buena fe, las partes prescindan a veces de su documentación.

Por todo ello -expresa el citado profesor-, varios autores y una copiosa jurisprudencia admiten que el pago pueda acreditarse por cualquier medio probatorio. El propio Llambías comparte la posición precedente, pensando que a las reflexiones apuntadas cabe agregar el sentido restrictivo con que corresponde interpretar las normas particulares; ya que lo que importa, para el reinado de la verdad en el campo jurídico, es el esclarecimiento más acabado de la conciencia judicial sobre la realidad de los hechos. De ahí que se imponga la amplitud probatoria en materia de pago.

Enseñan Cazeaux y Trigo Represas[5], por su parte, que el pago no se presume, y por ello el deudor que alega su liberación es quien debe probarlo; así como el acreedor que pretenda hacer valer su calidad de tal, debe acreditar la existencia de la obligación. Pero excepcionalmente no incumbe al deudor tal prueba en las obligaciones de no hacer, que sólo imponen una actitud pasiva, en cuyo supuesto será el acreedor que afirme la infracción a quien incumbirá la carga de la prueba. Distinta es la situación si fuese el acreedor quien tuviese interés en demostrar la realización de los pagos, en apoyo de derechos suyos, como sucedería si se alegara un reconocimiento interruptivo de la prescripción en curso, o la confirmación de un contrato viciado de nulidad relativa, o cuando asiente en tal incumplimiento una pretensión a las corres-

(5) CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Tomo II, Página 196.

pondientes "indemnizaciones"; agregan los autores citados que, en todos estos casos, el **onus probandi** pesará sobre el acreedor.

Precisan los profesores platenses que el deudor no sólo debe probar el pago, sino también, en principio, que el mismo se adecuó a la prestación debida; pero la aceptación del cumplimiento por el acreedor, sin salvedades ni reservas, presume su implícita conformidad en cuanto a la exactitud del mismo, por lo que, de querer **a posteriori** impugnarlo, tendrá que ser él quien pruebe que el pago no fue correcto.

El profesor Ernesto Clemente Wayar[6] expresa que en términos procesales, cuando una de las partes en litigio afirma la existencia de un hecho (**lato sensu**) y la otra niega esa existencia, se está ante un hecho controvertido, o, si se prefiere, ante un hecho discutido. El juez se halla frente a la afirmación de uno y la negación de otro; de allí que para él el hecho puede existir o no. Es necesario, entonces -agrega Wayar-, proporcionarle el medio idóneo para que él conozca la verdad real, material o histórica que le permita resolver el conflicto libre de incertidumbres; pues con suma frecuencia -y así lo demuestran los repertorios de jurisprudencia- el pago adquiere las características de "hecho controvertido" en el sentido indicado, sobre cuya existencia discuten las partes frente al juez.

Advierte Wayar que para destacar la importancia del asunto, es suficiente observar cuán diferentes serán las consecuencias según que se pruebe o no la existencia del pago; las diferencias entre las consecuencias de una y otra hipótesis son las mismas que median entre la sumisión y la liberación del deudor.

Coincide Wayar con los autores citados anteriormente, en que es principio general que la prueba del pago debe ser aportada por el deudor. Tal el principio general, el mismo que está justi-

(6) WAYAR, Ernesto Clemente. Op. cit., Tomo I, Páginas 448 y siguientes.

ficado por varias razones: (1) al acreedor le corresponde probar la existencia de la obligación; (2) el pago no es de aquellos "supuestos" que la ley presume realizados; (3) si es el deudor quien afirma que ha pagado, debe probarlo -es una consecuencia del **onus probandi**-; (4) no hay mayores discrepancias en la doctrina acerca de las conclusiones antedichas.

Sin embargo, anota que en determinadas situaciones la carga de la prueba se invierte, y le corresponde al acreedor probar la realización del pago; sucede esto en los siguientes casos: (1) cuando es el propio acreedor el que afirma que el deudor pagó -como cuando le interesa que se considere probado el pago para deducir de esa prueba que el deudor reconoció la obligación, o que confirmó el contrato que originó la obligación, etc.-; (2) cuando se trata de obligaciones de no hacer, pues dado que éstas consisten en una mera abstención, parece más apropiado imponerle al acreedor la carga de probar el "no pago", atendiendo a la circunstancia de que para ello le bastará probar un hecho positivo.

Estima el citado profesor que cuando el pago es realizado por un tercero, determinar a quién le incumbe la carga de probarlo requiere la formulación de un distingo: (1) si es el deudor el que pretende valerse de ese pago frente al acreedor, es aquél quien debe aportar la prueba -se aplica la regla general, porque es el deudor quien, por hipótesis, afirma que el pago fue realizado, aunque no haya sido él el pagador-; (2) en cambio, si es el propio tercero pagador quien pretende valerse del pago, debe probarlo.

En opinión de Wayar, cuando se hace referencia al "objeto" de la prueba, se pretende precisar qué debe ser probado. La cuestión no daría para mucho si no fuera porque al tratar este tema la doctrina señala -como un supuesto de excepción al principio de la carga de la prueba- que al acreedor le corresponde probar "el incumplimiento" cuando se funda en él para demandar las indemnizaciones correspondientes mencionadas. En tal sentido, y a decir del citado ex-magistrado, en efecto, el objeto de la prueba que aquí se considera es el "pago" en sí mismo; si se supone que

es tal aquél que se ajusta a los "términos de la obligación", es obvio afirmar que se debe probar que el pago fue realizado en "esos" términos, y no en otros, pero, de acuerdo con Wayar, esto no se agota en el tema del objeto de esta prueba.

Wayar recuerda que se dijo que la prueba del pago, por regla, le incumbe al deudor; y que también se anticipó que si el acreedor pretende que se lo indemnice por daños y perjuicios, le toca a él probar el "incumplimiento"; esto quiere decir que el "objeto" de la prueba depende de la pretensión del acreedor. En tal orden de ideas, considera Wayar que, dejando a un lado problemas terminológicos, se podría aislar dos situaciones: (1) El acreedor demanda el pago (o cumplimiento específico), como cuando Cayo demanda a Ticio la entrega del caballo "Bucéfalo"; a Cayo le toca probar la obligación, y a Ticio, si quiere ser absuelto, le corresponde probar el pago; y (2) El acreedor demanda indemnización de daños (o sustitutiva), como cuando Juan reclama 50,000 soles a Pedro por la no entrega de "Bucéfalo"; a Juan le toca esta vez probar el incumplimiento, esto es, la "no entrega" de Bucéfalo, en tanto que Pedro puede desbaratar la pretensión probando lo contrario, esto es, que entregó el caballo. Advierte, sin embargo, que no será lo mismo para el acreedor probar, solamente, la obligación (en el primer caso), que probar, además, el incumplimiento (en el segundo); debiéndose esta diferencia a la distinta naturaleza de la pretensión, ya que cuando se demanda indemnización se está endilgando responsabilidad civil al deudor, y uno de los presupuestos de esa responsabilidad es, precisamente, el incumplimiento. Añade Wayar que la cuestión, sin embargo, no es simple y requiere un examen más profundo.

Y, por último, en lo referente al criterio para apreciar las pruebas, Wayar sostiene que en la doctrina argentina hay acuerdo acerca de que el juez debe apreciar las pruebas relativas al pago con criterio riguroso; se afirma que así lo impone el necesario resguardo de la seguridad jurídica, y en razón de ello se le aconseja al magistrado tener por acreditado el pago sólo cuando tenga la plena convicción de que se lo ha realizado, pues si hubiese dudas, éstas se volverán en contra de quien debe aportar la prueba. Pero, no se puede dejar de señalar que la apreciación de

las pruebas tiene que ajustarse a las reglas de la sana crítica racional, sistema que debe prevalecer, en definitiva, en esta materia, por encima de la íntima convicción del juez.

- ***Jurisprudencia peruana del artículo 1229.***

En relación al tema de la prueba del pago existen numerosas Ejecutorias Supremas. Citamos, a continuación, cuatro representativas:

I.- "La prueba de la excepción de pago incumbe a quien la alega." Ejecutoria del 10 de abril de 1935. Revista de los Tribunales, Página 54. (Artículo 1282 del Código Civil de 1936).

II.- "La simple anotación de transferencia de acciones en el Libro respectivo de una Sociedad, no es prueba de estar pagado el valor de las acciones." Revista de Jurisprudencia Peruana, 1959, Página 80. (Artículo 1282 del Código Civil de 1936).

III.- "La prueba del pago corresponde actuarla a quien afirma haberlo efectuado.

No tiene valor la afirmación de que no se le adeuda suma alguna, que hace el constructor en una escritura de declaración de fábrica, si por otros medios puede acreditarse que el pago no ha sido satisfecho íntegramente por el propietario; lo contrario sería admitir que el propietario se enriqueciera indebidamente a expensas del constructor." Ejecutoria del 21 de septiembre de 1965. Revista de Jurisprudencia Peruana, Número 263, Página 1476. (Artículos 1233, 1234, 1254, 1282, 1324 y 1325 del Código Civil de 1936 y 1324 y 1333 del Código Civil de 1984).

IV.- "De acuerdo con el artículo 336 del Código de Procedimientos Civiles, las partes tienen la obligación de probar los hechos alegados, excepto los que se presumen conforme a ley.

Quien demanda la restitución de una suma de dinero, debe acreditar la existencia de un contrato que contiene dicha obligación." Ejecutoria del 11 de enero de 1983. "El Peruano", Número 13035, 14 de marzo de 1983. (Artículo 1282 del Código Civil de 1936).

- ***Concordancias nacionales.***

Prueba del error; pago indebido, artículo 1273 del Código Civil / Finalidad de los medios probatorios, artículos 1884 y siguientes del Código Procesal Civil.

- **DERECHO DEL DEUDOR DE RETENER EL PAGO MIENTRAS NO SE LE OTORGUE RECIBO.**

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

Tratándose de deudas cuyo recibo sea la devolución del título, perdido éste, quien se encuentre en aptitud de verificar el pago puede retenerlo y exigir del acreedor la declaración judicial que inutilice el título extraviado."

- ***Fuentes nacionales del artículo 1230.***

Este tema no fue tratado por el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836*; por el *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836*; por el *Código Civil de 1852*; ni por el *Proyecto de Código Civil de 1890.*

Abordó la materia, el *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925*, en sus artículos 207: "El deudor que paga, tiene derecho a exigir de su acreedor el recibo correspondiente, y puede retener el pago mientras no le sea otorgado."; y 208: "Tratándose de deudas cuyo recibo sea la devolución del título, perdido éste, podrá el deudor

retener el pago y exigir del acreedor la declaración que inutilice el título extraviado."

Luego lo hicieron el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926*, en sus numerales 197: "El deudor que paga, tiene derecho a exigir de su acreedor el recibo correspondiente, y puede retener el pago mientras no le sea otorgado."; y 198: "Tratándose de deudas cuyo recibo sea la devolución del título, perdido éste, podrá el deudor retener el pago y exigir del acreedor la declaración que inutilice el título extraviado."; el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936*, en los artículos 1234: "El deudor puede retener el pago mientras no le sea otorgado el recibo correspondiente."; y 1235: "Tratándose de deudas cuyo recibo sea la devolución del título, perdido éste, podrá el deudor exigir del acreedor la declaración judicial que inutilice el título extraviado."; y el *Código Civil de 1936*, en los artículos 1243: "El deudor puede retener el pago mientras no le sea otorgado el recibo correspondiente."; y 1244: "Tratándose de deudas cuyo recibo sea la devolución del título, perdido éste, podrá el deudor exigir del acreedor la declaración judicial que inutilice el título extraviado."

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, el tema fue abordado por la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973*, en los artículos 93: "El deudor puede retener el pago mientras no le sea otorgado el recibo correspondiente."; y 94: "Tratándose de deudas cuyo recibo sea la devolución del título, perdido éste, podrá el deudor exigir del acreedor la declaración judicial que inutilice el título extraviado."; por el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980*, en el artículo 97: "Quien está en aptitud de efectuar el pago tiene derecho de exigir al acreedor el recibo correspondiente, pudiendo retener dicho pago mientras no le sea otorgado.- Tratándose de deudas cuyo recibo sea la devolución del título, perdido éste, quien se encuentre en aptitud de verificar el pago podrá retenerlo y exigir del acreedor la declaración judicial que inutilice el título extraviado."; por el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981*, en el artículo 1251: "Quien está en aptitud de efectuar el pago tiene derecho de

exigir al acreedor el recibo correspondiente, pudiendo retener dicho pago mientras no le sea otorgado.- Tratándose de deudas cuyo recibo sea la devolución del título, perdido éste, quien se encuentre en aptitud de verificar el pago podrá retenerlo y exigir del acreedor la declaración judicial que inutilice el título extraviado."; y, finalmente, por el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984*, en el artículo 1198: "El deudor puede retener el pago mientras no le sea otorgado el recibo correspondiente.- Tratándose de deudas cuyo recibo sea la devolución del título, perdido éste, quien se encuentre en aptitud de verificar el pago puede retenerlo y exigir del acreedor la declaración judicial que inutilice el título extraviado."

- ***Fuentes y concordancias extranjeras***.

Coinciden con el artículo 1230 del Código Civil Peruano, entre otros, los Códigos Civiles Mexicano (artículo 2088 -similar a la primera parte del artículo 1230 Peruano-), Brasileño (artículo 939 -similar al primer párrafo del artículo 1230 Peruano-), Guatemalteco de 1973 (artículo 1390 -similar al primer párrafo del artículo 1230 Peruano-), Proyecto de Código Civil Brasileño de 1975 (artículo 317 -similar al primer párrafo del artículo 1230 Peruano-), Brasileño (artículo 942 -similar al segundo párrafo del artículo 1230 Peruano-), Portugués de 1967 (artículo 787 -similar al segundo párrafo del artículo 1230 Peruano-), Paraguayo de 1987 (artículo 572 -similar al segundo párrafo del artículo 1230 Peruano-), Proyecto de Código Civil Brasileño de 1975 (artículo 319 -similar al segundo párrafo del artículo 1230 Peruano-), Alemán (artículo 368: el acreedor, al recibir la prestación, ha de entregar a petición, un reconocimiento escrito de haberla recibido. Si el deudor tiene interés jurídico en que el recibo sea entregado en forma, puede exigir sea entregado en otra forma), Holandés (Libro 6, Sección 6, artículo 17), y de la República de China de 1930 (artículo 324).

El Código Civil Italiano de 1942 (artículo 1199) establece que el acreedor que recibe el pago debe librar, a requerimiento y a costa del deudor, recibo, y hacer anotación de dicho pago sobre

el título, si éste no se restituye al deudor; agregan que el libramiento de un recibo por el capital hace presumir el pago de los intereses.

Por su parte, el Código Civil Etíope preceptúa, de manera distinta, ciertas disposiciones acerca del tema tratado. Así, en su artículo 1761 establece que el deudor que paga tiene el derecho de exigir un recibo y si la deuda se extingue totalmente, la anulación del título. Si el pago no es por el íntegro o si el título confiere otros derechos al acreedor, el deudor puede exigir solamente un recibo y la mención del pago sobre el título. El Código Suizo de las Obligaciones, de otro lado, señala en su artículo 88 que el deudor que paga tiene derecho a exigir un recibo y si la deuda se extingue íntegramente, la anulación del título. Si el pago no es íntegro o si el título confiere aun otros derechos al acreedor, el deudor solamente puede exigir un recibo haciendo mención del pago del título.

El Código Civil Alemán (artículo 371) prescribe al respecto que si sobre el crédito se ha expedido un título de obligación, el deudor, además del recibo, puede exigir la restitución del título. Si el acreedor afirma no estar en condiciones para la restitución, el deudor puede exigir el reconocimiento públicamente autenticado de que la deuda está extinguida.

- ***Análisis***.

Siendo el recibo el medio más idóneo que tiene el deudor para acreditar el pago, el Código Civil Peruano le concede, mediante el artículo 1230 bajo comentario, la facultad para retenerlo (esto es, para no ejecutar la prestación), mientras no le sea otorgado el recibo correspondiente. Como expresa el Doctor León Barandiarán[1] "No requiere demostración el derecho del deudor, de retener el pago mientras no se le otorgue el recibo correspondiente, como garantía necesaria para quedar salvaguardado frente a nueva prestación del acreedor. 'En caso de que niegue el acreedor -escribe Endemann- que él ha recibido la prestación, corresponde al deudor probar su ejecución. Para seguridad de esta comprobación puede el deudor que ejecuta la prestación, exigir del acreedor una declaración de recepción por escrito, el recibo. Tal exigencia tiene el carácter de un verdadero derecho correlativo: si es negado el otorgamiento del recibo correspondiente, puede el deudor retener su prestación y no cae en mora'."

(1) LEON BARANDIARAN, José. Op. cit., Tomo II, Página 285.

En opinión de Salvat[2], no obstante la admisibilidad de los medios generales de prueba, la del pago se produce ordinariamente por medio de un documento especial, que expresa el hecho de haberse verificado y que da al acreedor por pagado de la prestación debida en virtud de la obligación: este documento se conoce con el nombre de recibo. Los recibos pueden otorgarse en instrumento público o privado: en este último caso, el deudor que lo invoca deberá justificar también su autenticidad.

Sostiene Salvat que se ha considerado que la posesión del recibo por el acreedor es presunción en contra del pago, siendo lógico admitir que lo preparó y no llegó a hacerlo efectivo.

En cambio -agrega-, estando en poder del deudor, presupone la realidad del pago por éste.

Señala Salvat que la ley no exige en los recibos el empleo de fórmulas sacramentales; lo único que se requiere es que en él se exprese con claridad cuál es la obligación que se paga, designándola por su fecha, por su objeto o por cualquier clase de detalles que permitan saber con exactitud de cuál se trata; en tanto que a falta de indicaciones precisas al respecto, la cuestión queda librada a la apreciación judicial, y tiene que ser resuelta, como todas las cuestiones de hecho, según las pruebas y circunstancias de cada caso. Precisa el citado autor que puede ocurrir, por consiguiente, que el recibo presentado por el deudor sea rechazado como prueba del pago, por considerar el tribunal que no se refería

(2) SALVAT, Raymundo M. Op. cit., Tomo II, Páginas 326 a 328.

a la obligación cuyo pago se demandaba en juicio; debe observarse, sin embargo, que en materia de documentos a la orden, para que los recibos de pagos a cuenta del total de su importe puedan ser opuestos a terceros, ellos deben constar en el mismo documento.

En opinión del citado profesor, dentro del propósito de evitar dificultades prácticas, interesa al deudor que el recibo enuncie claramente la fecha del pago, pues a falta de enunciaciones, se presume que es la fecha del recibo. Pero si se tratase de un recibo por instrumento privado y no se enuncia en él la fecha del pago, ni lleva fecha alguna de su otorgamiento, se ha pretendido que el recibo carecía en este caso de eficacia, por no poderse saber si era anterior o posterior a la fecha de la obligación. La Cámara Civil de la República Argentina ha resuelto, sin embargo, lo contrario, estableciendo que no obstante la falta de fecha, el pago acreditado con tal recibo puede considerarse que se refiere a la obligación demandada por el acreedor, siempre que no se demuestre por éste que existían entre él y el deudor otras obligaciones pendientes, solución que, en parecer de Salvat, es perfectamente legal.

Por su parte, Cazeaux y Trigo Represas[3] sostienen que el recibo es una constancia escrita emanada del acreedor, sea en instrumento privado o público, de haber recibido el pago de la misma obligación que le era debida.

Expresan los autores citados que desde el punto de vista de su naturaleza jurídica, existe en general consenso en el sentido de que el recibo es un reconocimiento o confesión, acto unilateral del acreedor, de haber recibido el pago, con el cual se admiten los efectos propios de este hecho, es decir, la extinción de la obligación satisfecha. Por esta razón, algunos autores afirman que se trata de un reconocimiento extintivo, con lo cual más que todo se procura destacar su diferencia con el reconocimiento de una obli-

(3) CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Tomo II, Páginas 198 y siguientes.

gación vigente, aunque en verdad el reconocimiento no produce de por sí ningún efecto, sino que se limita a ser una declaración de voluntad simplemente enunciativa de una realidad: la extinción de la obligación mediante su cumplimiento. Y parecida, aunque no idéntica, es otra postura según la cual el recibo es un instrumento público o privado que registra la confesión extrajudicial del acreedor de que le ha sido efectuado el pago de una obligación determinada. Agregan los profesores platenses que no existe, en definitiva, verdadera discrepancia con los criterios expuestos, pero piensan que el recibo es una prueba preconstituida por las partes en el momento del pago, con el objeto de consignar el mismo y las modalidades de que puede estar revestido, en eventual previsión de un ulterior litigio.

Puntualizan Cazeaux y Trigo Represas que, por su propia naturaleza, el recibo para ser válido debe emanar de una persona capaz; y si por el contrario proviniese de un incapaz, dicho recibo estaría viciado de nulidad relativa o absoluta y por tal razón podría resultar ineficaz como medio de prueba.

Anotan, en fin, que la posesión del recibo presume que quien lo tiene en su poder, sea el propio deudor o un tercero, ha efectuado el pago que el mismo constata, aunque dicha presunción, sin embargo, es susceptible de prueba en sentido opuesto. Precisan que si, por el contrario, el recibo lo retuviese el acreedor, esa circunstancia hace presumir que el pago no fue realizado y que se lo había emitido a la espera de que ello sucediese.

Como enseña el profesor Ernesto Clemente Wayar[4], si bien el pago, según se dijo, puede ser probado por cualquier medio, lo cierto es que el medio probatorio por antonomasia es el recibo, siendo tanta su importancia, que algunos Códigos -como el Alemán (artículo 368) y el Italiano de 1942 (artículo 1199)- consideran que el deudor que paga tiene derecho a la obtención del recibo; agrega que el Código Paraguayo de 1987 (artículos 570 y

(4) WAYAR, Ernesto Clemente. Op. cit., Tomo I, Páginas 457 y siguientes.

572) concede al deudor la facultad de retener el pago en tanto no le sea otorgado el correspondiente recibo. Por otra parte, sostiene Wayar que se puede interpretar que el deudor tiene ese derecho, siendo dable resaltar que el recibo funciona en toda clase de obligaciones, aunque se lo use con mayor frecuencia en las obligaciones de dar dinero.

Wayar sostiene que el recibo puede ser definido como la declaración unilateral de voluntad, expresada por escrito, mediante la cual el acreedor reconoce que se le ha pagado. Al decir que se trata de una declaración de voluntad, queda entendido que es un acto jurídico y, como tal, debe ser emitido con intención, discernimiento y libertad. Por igual razón, el acreedor otorgante debe ser capaz, ya que si no lo fuera, el recibo que otorgue estará viciado de nulidad relativa o absoluta.

Precisa el citado profesor que en lo concerniente a su naturaleza, y como surge de su propia definición, el recibo constituye un acto de reconocimiento equiparable a la confesión, ya que el acreedor declara haber sido pagado, y tal declaración se convierte en prueba irrefutable del pago. Dice Wayar que justamente, con referencia a esta última característica, se ha señalado que el recibo es una "prueba preconstituida" por las partes en el momento del pago, en previsión de un litigio ulterior. El efecto que la ley asigna a ese reconocimiento es la extinción de la obligación, con la consiguiente liberación del deudor. Wayar considera que si el acreedor se negara a otorgar recibo, el deudor quedará legítimamente autorizado a no efectuar el pago, y probada aquella negativa, podrá recurrir al procedimiento señalado para el llamado "pago por consignación".

En lo que se refiere a la forma del recibo, Wayar expresa que la doctrina suele señalar que el recibo es un acto no formal, atendiendo al hecho de que, siempre que se lo haga por escrito, puede adquirir la forma de instrumento público o privado. Rige -dice- el principio de libertad de formas; sin embargo, si en realidad el recibo fuera no formal, podría emitírselo en cualquier forma, incluido el lenguaje oral (como que se podría otorgar recibo por comunicación telefónica). Sin embargo -agrega Wayar-, ello

no es así, puesto que el recibo tiene una forma impuesta: la forma escrita, y si sólo en esa forma puede ser emitido, ello quiere decir que no es de forma "libre". Empero, si bien se exige la forma escrita, no se requiere que ella esté contenida en determinada especie de instrumento.

Sostiene Wayar que el recibo puede estar contenido en un instrumento público o en un instrumento privado, pues la ley no ha impuesto una especie determinada.

En lo referente al contenido del recibo, señala Wayar que la redacción del mismo no está sujeta a ninguna fórmula solemne, y el emisor goza de plena libertad de "conclusión", ya que puede expresar la declaración en los términos que considere más apropiados, conforme a la naturaleza y al objeto de la obligación pagada. Agrega que el recibo tendrá un grado óptimo de completividad cuando en él se exprese: el lugar y la fecha de emisión; el nombre del acreedor y el del deudor; el objeto pagado, con la mayor precisión posible; la imputación concreta a la obligación que se paga, con indicación de si es total o parcial; etc.; sin embargo, dado que el recibo es un medio de prueba, interesa que sus constancias permitan tener por acreditado el pago, aunque no se hayan consignado en él todos los elementos enunciados.

Se relacionan con el contenido del recibo, añade, dos cuestiones que conviene analizar por separado. La primera tiene que ver con las aclaraciones o reservas que puede incluir el acreedor. Si se trata de simples aclaraciones sobre aspectos o circunstancias vinculadas con la obligación pagada -como sería la reiteración de que el saldo pendiente está sujeto a reajuste; la fecha de vencimiento de la próxima cuota; etc.-, tales aclaraciones -a entender de Wayar- no afectan la eficacia del recibo y, por tanto, el deudor no puede negarse a pagar alegando que el acreedor no tiene derecho a formularlas. Empero, si se trata de reservas por las cuales el acreedor pretende condicionar la eficacia cancelatoria del pago a circunstancias extrañas a él -como sería la previa autorización de un tercero; la cotización ulterior del dólar; etc.-, entonces el deudor sí podrá retener el pago, y aquella actitud del acreedor podrá ser asimilada a una verdadera negativa a

recibirlo, que autorizará al deudor a consignarlo; cabiendo resolver lo propio cuando el acreedor pretende extender recibo a nombre de una persona distinta del deudor que paga, o cuando menciona una suma menor que la realmente pagada, o cuando omite imputar el pago, considerándose, en estos casos, que el acreedor abusa de su derecho, y de allí que el deudor pueda negarse a pagar. Todas estas cuestiones, a decir de Wayar, deben ser resueltas a la luz del principio de buena fe.

El segundo problema anotado por Wayar se refiere a los recibos que se extienden "por el saldo" hasta entonces pendiente, y que anuncian la extinción definitiva de la obligación -o de las obligaciones, si fueran varias-, lo cual puede ocurrir si entre las partes hay una cuenta corriente. Y de lo que se trata -a entender del citado profesor- es de saber si el acreedor puede, después de extendido el recibo, impugnar su eficacia cancelatoria y reclamar un reajuste o una cantidad mayor. Según el citado profesor, la cuestión debe ser resuelta por aplicación de los principios generales sobre nulidad de los actos jurídicos, pues el recibo es un acto jurídico y, como tal, puede ser otorgado por error, vicio que, si es probado, puede acarrear su nulidad.

Luego Wayar se ocupa de los requisitos del recibo.

El primero de ellos -dice- es la firma. Recuerda Wayar que el recibo puede ser otorgado bajo la forma de instrumento público o de instrumento privado, siendo obvio que en cada caso habrá que respetar los requisitos exigidos para cada clase de instrumento. Así, si el recibo consta en instrumento privado, deberá contener la firma del otorgante, porque esa es una condición esencial para la existencia de todo acto bajo forma privada, razón por la cual el instrumento al cual le falta la firma del acreedor, aunque en él se consigne el pago, no podrá ser considerado instrumento "privado", sin perjuicio del valor que pueda tener, por ejemplo, como principio de prueba por escrito. Recuerda Wayar que la falta de firma no perjudica la eficacia probatoria del instrumento, siempre que el deudor adjunte otros medios de prueba por los cuales se supla esa falencia; es lógico que así sea, pues si el pago se prueba por cualquier medio, y el recibo es sólo uno de esos medios, nada impide que el instrumento privado no firmado -aun negándole el carácter de recibo- tenga eficacia probatoria.

Wayar considera que similar es la cuestión presentada cuando el recibo está firmado por un tercero a ruego del acreedor; caso en el cual se pregunta si este instrumento puede ser considerado un "recibo". En tal sentido expresa que, advirtiendo que el recibo debe provenir del acreedor y estar firmado por éste, alguna doctrina sostuvo que el instrumento firmado por un tercero, a pedido del acreedor, no podía ser admitido como auténtico recibo. Sin embargo -dice Wayar-, no se puede dejar de reconocer que la actitud del acreedor que le ruega al tercero firme por él equivale a un mandato, y admitido ello, ese instrumento adquiere plena eficacia; considera el citado tratadista que la cuestión, en suma, ha de ser resuelta por las reglas del mandato.

Refiere Wayar que otra cuestión que ha dado motivo a respuestas dispares es la que se presenta cuando en el instrumento aparece estampada, en lugar de la firma, la impresión digital del acreedor; caso en el cual se ha dicho que un instrumento así signado no debe ser aceptado, en principio, como recibo, por dos razones principales: (1) la firma es condición esencial para la validez de todo instrumento privado, y la impresión digital no equivale a "firma"; (2) por lo general, cuando se recurre a esa forma de signatura es porque el otorgante no sabe leer, y, siendo así, es necesario protegerlo contra posibles engaños. No obstante ello, a entender de Wayar, el instrumento con impresión digital valdrá como recibo en los casos siguientes: (a) cuando demuestre que el otorgante sí sabía leer y, por ende, que puede comprender el contenido del acto que signaba; (b) cuando por otros medios se demuestre que el otorgante comprendió el contenido del instrumento, aunque no supiese leer; (c) cuando por otros medios se demuestre la veracidad del pago reconocido en el instrumento cuestionado.

El segundo de los requisitos de un recibo, a entender de Wayar, es la fecha cierta. Considera el citado autor que, para comenzar, es necesario establecer un distingo, según que la controversia se plantee entre el deudor y el acreedor o entre el deudor y terceras personas.

Enseña Wayar que si la controversia se plantease entre el deudor y el acreedor, esto es entre las partes, el recibo carente de fecha cierta tiene, no obstante, plena eficacia probatoria, siempre que el recibo haya sido reconocido por la parte a quien se lo opone o, en caso contrario, cuando haya resolución judicial que lo declare reconocido; no pudiendo el acreedor cuestionar la "fecha" del recibo, porque el reconocimiento implica admitir esa fecha como cierta.

Y añade que, si la controversia se plantease entre el deudor y los terceros, la cuestión es distinta, pues la vida cotidiana demuestra que el deudor que paga, por lo general no se preocupa por darle fecha cierta al recibo que se extiende; y si en tales condiciones se presenta un tercero y le reclama el pago de la misma obligación, cabría preguntarse si podría oponerle aquel recibo que no tiene fecha cierta. Wayar considera que si se pensara en la aplicación rigurosa de ciertas normas, la respuesta sería negativa, pues no hay duda que los instrumentos privados -incluso reconocidos- no prueban contra terceros "la verdad de la fecha expresada en ellos." Pero, a criterio del citado profesor, la solución es demasiado rigurosa y no se compadece con la inveterada práctica de dejar los recibos sin fecha cierta; se invoca como argumento para fundar esta tesis, la necesidad de resguardar el efecto liberatorio del pago, y se requiere que el deudor exhiba sin demora el recibo, y que lo haga de buena fe.

Un tema de sumo interés planteado por Ernesto Clemente Wayar es el de los pagos sin recibo. Señala Wayar que en ciertas especies de obligaciones, por influjo de la costumbre, se suele no extender recibos -como en los pagos a familiares o amigos, o, en ciertos lugares, los pagos por gastos de despensa o de farmacia, etc.-. Considera el citado profesor que si bien la costumbre no puede crear derecho, de ordinario quien paga exige recibo. De ahí que si es demandado y no presenta recibo, crea en su contra la presunción relativa, que puede ser desvirtuada por prueba en contrario; pero -agrega- en aquellos pagos en los cuales no se acostumbra dar recibo, su no presentación no puede constituir una presunción en contra del deudor. Este se verá, de todos modos, obligado a probar el pago, pero su situación resultará atenuada, porque no se presumirá el no pago.

Anota Wayar que es también frecuente que cuando el deudor realiza pagos parciales se los haga constar en el título de la obligación, presentándose, entonces, la cuestión de saber si esas constancias constituyen o no prueba del pago. Casi siempre se trata de anotaciones marginales o incluidas en el dorso del título que el acreedor no refrenda con su firma, conociéndose, al respecto, tres posturas: una primera para la cual es necesario distinguir si la constancia de pago está en poder del deudor o del acreedor: si está en poder del deudor, esa constancia no prueba el pago, por la falta de firma del acreedor; en tanto que si está en poder del acreedor, constituiría un principio de prueba por escrito, pero requeriría pruebas corroborantes.

Para otros autores -en tesis a la cual se adhiere Wayar-, si las constancias provienen del acreedor, es decir, si son de su autoría, debe reconocérseles el valor probatorio del recibo, aunque esté en poder del deudor. Lo que ocurre, en la mayoría de los casos, es que el título permanece en poder del acreedor hasta la cancelación total, de donde se sigue que la anotación del pago se presenta, virtualmente, como un reconocimiento; y, por otra parte, siempre le quedará al acreedor la posibilidad de demostrar que el pago no se realizó, a pesar de la constancia.

Y, por último, para una tercera opinión, las constancias deben ser admitidas solamente como prueba presuncional del valor relativo, según las circunstancias de cada caso concreto.

Por lo demás, precisamos que al deudor podría no convenirle retener el pago y que, en tal caso, tendría el derecho de consignar. También podría retener el pago, pero constituir en mora a su acreedor.

Adicionalmente, respecto al artículo 1230 del Código Civil Peruano, debemos efectuar la distinción de dos supuestos:

(1) Obligaciones cuya ejecución se agote en un solo momento.

Por ejemplo, si se tratase de la obligación de entregar un vehículo determinado, sin lugar a dudas el deudor podrá retener su prestación, vale decir, no cumplirla, mientras el acreedor no le entregue el recibo correspondiente.

(2) Obligaciones cuya ejecución no se agote en un solo momento, sino que se prolongue en varios momentos periódicos o continuos.

Sería el caso de una obligación de hacer un cuadro, por ejemplo. Sin lugar a dudas, el deudor tendrá que pintar el cuadro (más allá de si su acreedor le entregará o no el recibo correspondiente), puesto que el recibo sólo se lo podrá exigir una vez terminado y entregado el cuadro (no antes). En tal sentido, dicho deudor deberá ejecutar íntegramente la obra, y sólo en la fase de conclusión de la prestación (en la entrega del cuadro) podría oponerse a terminar dicha ejecución.

En este segundo supuesto, a diferencia del primero, el deudor tendrá que ejecutar casi íntegramente la prestación (pues solamente faltaría la entrega del cuadro).

Podríamos ilustrar este segundo supuesto, con otro ejemplo, como sería aquel de las obligaciones de tracto sucesivo (la entrega mensual de trigo, el pagar mensualmente una renta, etc.).

Conviene aquí advertir que son aplicables, a este precepto, los comentarios que antes enunciamos sobre la prueba del pago. Ello porque el recibo constituye prueba del pago, como regla general, con las excepciones que eventualmente puedan presentarse.

La otra hipótesis prevista por el precepto está consignada en el parágrafo segundo del artículo 1230 bajo comentario. Ella se refiere al caso de deudas cuyo cumplimiento conste de un título-valor, otorgado por el deudor en favor del acreedor. En estas situaciones el recibo puede estar constituido por la devolución del

título-valor (letra, cheque, vale o pagaré), el mismo que podría haberse extraviado.

Para estas hipótesis, la ley otorga al deudor el derecho de retener el pago y exigir del acreedor la declaración judicial que inutilice el título extraviado, pues en caso contrario, sobre todo si se trata de valores al portador, el deudor podría verse confrontado con la necesidad de pagar dos veces. Y, aunque se trate de títulos nominativos, la firma del acreedor podría ser fraguada y el documento transferido, por endoso, a terceros de buena fe.

La regla del Código reviste pues una lógica rotunda.

Debemos aclarar, antes de concluir, que el precepto, al utilizar la palabra título, no se refiere a los títulos en general en que constan obligaciones (es decir, que la palabra "título" no se emplea como sinónima de "documento"), sino tan sólo a los títulos-valores.

En los demás casos el documento no constituye "título" cuyo recibo sea su devolución. El documento sólo acredita la existencia de una obligación civil que se paga a cambio de un recibo.

- *Jurisprudencia peruana del artículo 1230.*

En relación al tema regulado por el artículo 1230 del Código Civil vigente, tenemos las siguientes Ejecutorias Supremas:

I.- "Las facturas en poder del demandado sólo acreditan el pago si están canceladas." Anales Judiciales, 1958, Página 27. (Artículo 1243 del Código Civil de 1936).

II.- "Cuando se trata de una acción cambiaria, aunque no sea en la vía ejecutiva, el título valor debe reunir los requisitos exigidos por la Ley 16587.

Para el ejercicio de las acciones cambiarias es requisito el

protesto por falta de pago y deben interponerse dentro del término de prescripción.

Quien paga una letra debe exigir su devolución como prueba de la extinción de la obligación." Ejecutoria del 7 de julio de 1978. "El Peruano", Número 11467, 11 de febrero de 1979. (Artículo 1244 del Código Civil de 1936).

III.- "No es necesario el que las cambiales exhiban constancia y firma de cancelación, ya que la sola tenencia de ellas demuestra que se ha cumplido debidamente la prestación que contiene para con el que fuera su tenedor legítimo y que éste las devolvió al que satisfizo la obligación, en cumplimiento del artículo 16º de la Ley de Títulos-Valores Número 16587." Ejecutoria del 7 de septiembre de 1983. "El Peruano", Número 13284, 7 de noviembre de 1983. (Artículo 1244 del Código Civil de 1936).

- PAGO EFECTUADO EN CUOTAS PERIODICAS. RECIBO. PRESUNCIONES.

Artículo 1231.- "*Cuando el pago deba efectuarse en cuotas periódicas, el recibo de alguna o de la última, en su caso, hace presumir el pago de las anteriores, salvo prueba en contrario.*"

- *Fuentes nacionales del artículo 1231.*

Dentro de la legislación colonial, podemos mencionar a la *Ley de las Siete Partidas*, Ley 8, Título XIV, Partida Tercera.

El artículo 1231 del Código Civil vigente 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* abordaba el tema en su artículo 2906: "Cuando la obligación de dar debe cumplirse por partes o periódicamente, se presume que el que tiene recibo del último pago, ha verificado los anteriores, siempre que éstos se hayan efectuado entre el mismo deudor y el mismo acreedor."; en tanto que el *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925*, lo hacía en el nu-

meral 209: "Cuando el pago debe efectuarse en cuotas periódicas, el recibo de la última hace presumir el pago de las anteriores, salvo prueba en contrario."; el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926*, en el artículo 199: "Cuando el pago deba efectuarse en cuotas periódicas, el recibo de alguna o de la última, en su caso, hace presumir el pago de todas las anteriores."; el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936*, en el numeral 1236: "Cuando el pago deba efectuarse en cuotas periódicas, el recibo de alguna o de la última, en su caso, hace presumir el pago de las anteriores, salvo prueba en contrario."; y el *Código Civil de 1936*, en el artículo 1245: "Cuando el pago deba efectuarse en cuotas periódicas, el recibo de alguna o de la última, en su caso, hace presumir el pago de las anteriores, salvo prueba en contrario."

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 su artículo 95: "Cuando el pago deba efectuarse en cuotas periódicas, el recibo de alguna o de la última, en su caso, hace presumir el pago de las anteriores, salvo prueba en contrario."; en tanto que el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980*, lo hacía en el numeral 98: "Cuando el pago deba efectuarse en cuotas sucesivas, el recibo de alguna o de la última, en su caso, hace presumir el pago de las anteriores, salvo prueba en contrario."; el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981*, en el artículo 1252: "Cuando el pago deba efectuarse en cuotas sucesivas, el recibo de alguna o de la última, en su caso, hace presumir el pago de las anteriores, salvo prueba en contrario."; y, finalmente, el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984*, en el artículo 1199: "Cuando el pago deba efectuarse en cuotas periódicas, el recibo de alguna o de la última, en su caso, hace presumir el pago de las anteriores, salvo prueba en contrario."

- ***Fuentes y concordancias extranjeras***.

Coinciden con el artículo 1231 del Código Civil Peruano, entre otros, el Código Civil Mexicano (artículo 2089), el Chileno (artículo 1595), el Uruguayo (artículo 1462), el Ecuatoriano (artículo 1638), el Venezolano de 1942 (artículo 1296), el Venezolano de 1880 (artículo 1196), el Paraguayo de 1987 (artículo 573), el Portugués de 1967 (artículo 786), el Español (artículo 1110, segundo párrafo), el Guatemalteco de 1973 (artículo 1402), el Brasileño (artículo 943), el Anteproyecto Paraguayo de Luis de Gásperi (artículo 825), el Proyecto de Código Civil Brasileño de 1975 (artículo 320), el Argentino (artículo 746), el Suizo (artículo 89), el Holandés (Libro 6, Sección 6, artículo 18), y el Código Civil de la República de China de 1930 (artículo 325).

Por su parte, el Proyecto de Código Civil Colombiano (artículo 556) puntualiza que en los pagos periódicos, la carta de pago de tres períodos determinados y consecutivos hará presumir los pagos de los anteriores períodos, siempre que haya debido efectuarse entre los mismos acreedor y deudor.

- ***Análisis***.

El artículo 1231 del Código Civil Peruano hace referencia al pago de obligaciones cuyas prestaciones sean de ejecución periódica, en la modalidad periódica propiamente dicha, así como en la modalidad continuada o continua.

Para ilustrar nuestra opinión vamos a utilizar un ejemplo. Se celebra un contrato de arrendamiento, en el cual una de las partes (el arrendador), se obliga a ceder el uso de un bien por un tiempo determinado; y la otra, el arrendatario, se obliga a pagar mensualmente una renta en dinero. La obligación del arrendador sería de ejecución continuada, mientras que la del arrendatario sería de ejecución periódica. En un contrato de estas características, el arrendatario deberá pagar cada mes una cantidad de dinero por concepto de renta, pago que debe estar seguido de la entrega, por el arrendador al arrendatario, de un recibo que acredite la ejecución de su prestación.

Similar situación ocurre en otros contratos de ejecución pe-

riódica (periódica o continuada), como son los casos de los contratos de suministro de agua o energía eléctrica o el de servicio telefónico, en los cuales el beneficiario del suministro o usuario del servicio deberá pagar a la compañía suministrante una suma mensual equivalente al monto a que ascienda su consumo por dicho período.

Como por lo general los contratos de ejecución periódica o continuada se prolongan por un lapso considerable, será difícil e improbable que el deudor guarde en custodia todos los recibos que acrediten el pago de las mensualidades correspondientes, fundamentalmente por razones de orden práctico, ya que constituiría una verdadera carga conservar tantos documentos. En tal sentido, la ley otorga al deudor la posibilidad de comprobar estar al día en el pago de dichas cuotas periódicas, si acredita el pago de la última. De no ser la última, bastará exhibir el recibo de alguna, para presumir el pago de las anteriores. El precepto admite, por cierto, prueba en contrario. Se trata, en consecuencia, de una presunción **iuris tantum** y no **iuris et de iure**.

Como enseña el Doctor León Barandiarán[1], "En caso de prestaciones periódicas cada una importa un pago distinto. El deudor puede pagar una o algunas de tales prestaciones, aunque otras queden insolutas. Pero el acreedor puede rechazar el pago correspondiente a una prestación habiendo otras anteriormente vencidas y no satisfechas. No obstante, si el acreedor recibe tal pago, otorgando el recibo correspondiente, la ley presume **iuris tantum** en favor del deudor, que las anteriores prestaciones se hallan pagadas también, pues **plus favemus liberationibus quam obligationis**. Dice Colmo que la disposición es muy sabia: 'Nadie que pague alquileres o cuotas periódicas, pensiones o salarios mensuales, etc., tiene que estar obligado a guardar todos los recibos de los períodos satisfechos, que podrían ser bien numerosos. Y como es presumible que nadie cobre un período sin haber cobrado los precedentes, pues no cabe suponer lo excep-

(1) LEON BARANDIARAN, José. Op. cit., Tomo II, Páginas 289 y 290.

cional y raro, la ley así dispone, dejando a salvo el derecho del acreedor para demostrar lo contrario'."

A decir del profesor colombiano Guillermo Ospina Fernández[2], al deudor, para establecer su liberación respecto de las obligaciones periódicas anteriores a la última, le basta acreditar el pago de ésta; pero -agrega- la presunción es legal y, por tanto, admite prueba en contrario, la cual debe suministrar el acreedor. Recuerda el citado civilista que la referida presunción encuentra sus orígenes en una ley del emperador Marciano, del año 456, referente a las contribuciones pagadas a los recaudadores públicos, y, por este origen y por su posterior tradición histórica, debe aplicarse en este campo, donde es frecuente que la desorganización de las dependencias oficiales someta a los contribuyentes a la odiosa necesidad de conservar de por vida todos los recibos de sus impuestos.

Los profesores argentinos Cazeaux y Trigo Represas[3] sostienen que de su propio contexto resulta que esta disposición se refiere a obligaciones cuyo objeto está fraccionado en prestaciones parciales o cuotas, como sucede en supuestos para los cuales el Código Civil concede al deudor una facilidad probatoria: el pago acreditado de un período, hace presumir que se abonaron también todos los precedentes.

Consideran dichos profesores que para así resolverlo, el codificador se ha inspirado en lo que es usual y corriente, pues los acreedores no suelen dar recibo por un período cuando se les adeuda el anterior. Y, por lo demás, sólo se trata de una presunción **juris tantum**, que admite en contrario cualquier tipo de probanza que la desvirtúe y acredite que restaban impagas las cuotas antecedentes.

Debemos agregar que, por lo general, en un contrato de

(2) OSPINA FERNANDEZ, Guillermo. Op. cit., Páginas 375 y 376.
(3) CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Tomo II, Páginas 203 y 204.

prestaciones periódicas o continuadas, la parte que otorga el recibo por el pago (el acreedor), si existiesen deudas anteriores, procederá a acumular los recibos impagos. Sin embargo, cabe señalar que en algunos casos el acreedor no entregará recibo si es que se intenta pagar una cuota posterior a aquellas que se encuentran impagas. En estos supuestos, el acreedor procederá a acumular el monto de las deudas anteriores en el último recibo sobre el cual exigirá el pago. Es el caso, frecuente, de las boletas de pago de derechos académicos de la generalidad de Universidades particulares en el Perú. Si el estudiante no ha pagado alguna boleta, la siguiente acumulará el monto de la anterior, y si esta última tampoco es pagada, se procederá de igual modo con las siguientes, hasta que el alumno pague la totalidad de sus deudas con la Universidad.

Naturalmente, podrá ocurrir lo contrario; vale decir, que el acreedor otorgue recibo cuando aun debiese el deudor cuotas anteriores. En este caso, podrán darse dos posibilidades:

(1) Que al otorgar el recibo cancelado, el acreedor formule la correspondiente reserva, caso en el cual el pago de la última cuota no probará el pago de las anteriores.

(2) Que al otorgar el recibo cancelado no formule ninguna reserva, caso en el cual el pago de la última cuota presumirá el pago de las anteriores, a menos que el acreedor pueda probar que no se ha producido dicho pago.

Sin lugar a dudas, en este último supuesto al acreedor le será casi imposible demostrar la omisión del deudor. Esta sería, prácticamente, una "prueba diabólica".

En lo que respecta al carácter de la presunción contenida en el artículo bajo comentario, la opción adoptada por el legislador de 1984 concuerda con la posición del Doctor Manuel Augusto Olaechea, quien entre la tendencia que considera la presunción **iuris et de iure** y la que la considera **iuris tantum**, opta por la

segunda. Así consta en sus comentarios al Primer Anteproyecto del Libro V[4]:

"Respecto de la eficacia de la presunción que se deriva en favor del pago total, cuando el acreedor expide al deudor el recibo de la última cuota, cuando se trata de obligaciones periódicas o del capital, sin formular reserva alguna por los intereses, el Anteproyecto se orienta en el sentido de considerar esa presunción como **juris tantum** simplemente y no **juris et de jure**. Conforme a una primera opinión, la presunción incorporada al artículo 1908 del Código francés, concordante con los dispositivos del Anteproyecto, se reputa **juris et de jure**. Sustentan esta opinión autores tan eminentes como Troplong, Aubry et Rau, Laurent, Baudry-Lacantinerie y Whal, Huc y Planiol. Sostienen contrariamente que la presunción es sólo **juris tantum**, Duranton, Duvergier, Pont y Guillouard. Encuentro más de acuerdo con la equidad esta segunda solución y me he adherido a ella siguiendo el ejemplo legislativo de Códigos tan autorizados como los de Suiza, Argentina, Brasil y Venezuela reformado."

- ***Jurisprudencia peruana del artículo 1231.***

En relación al pago que deba efectuarse en cuotas periódicas, tenemos las siguientes Ejecutorias Supremas:

I.- "El otorgamiento de recibo por sueldos devengados, sin hacer reserva alguna respecto de los sueldos por tiempo anterior, hace presumir el pago de éstos, salvo prueba suficiente en contrario." Ejecutoria del 29 de noviembre de 1937. Revista de los Tribunales, 1938, Página 141. (Artículo 1245 del Código Civil de 1936).

II.- "La acción rescisoria de un contrato de compraventa a pla-

---

(4) COMISION REFORMADORA DEL CODIGO CIVIL PERUANO de 1852. Op. cit., Fascículo V, Página 180.

zos es improcedente, si el vendedor recibe del comprador pagos a cuenta del precio con posterioridad a la demanda." Revista de Jurisprudencia Peruana, 1977, Página 1199. (Artículo 1245 del Código Civil de 1936).

- ***Concordancias nacionales***.

Pago en cuotas periódicas, artículo 1323 del Código Civil / Pago del precio por armadas en diversos plazos, artículo 1561 del Código Civil / Consignaciones periódicas y sucesivas, artículo 812 del Código Procesal Civil.

- **RECIBO DE PAGO DEL CAPITAL, GASTOS E INTERESES. PRESUNCIONES.**

Artículo 1232.- "*El recibo de pago del capital otorgado sin reserva de intereses, hace presumir el pago de éstos, salvo prueba en contrario.*"

- ***Fuentes nacionales del artículo 1232***.

Dentro de la legislación colonial, puede mencionarse a la *Ley de las Siete Partidas*, Ley 8, Título XIV, Partida Tercera.

El artículo 1232 del Código Civil vigente 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*.

El *Código Civil de 1852* trató el tema en el artículo 2230: "Cuando hace un pago el deudor de diversas obligaciones, tiene derecho a declarar, cuál es la deuda a que ha de aplicarse.- Si no lo declara, se entenderá aplicado el pago a la deuda que gana más interés, entre las de plazo cumplido; si ninguna gana interés, a la que está asegurada con fianza o hipoteca; si las deudas de plazo cumplido son de igual naturaleza, se aplicará el pago a la más antigua; y si en todo son iguales, se aplicará a todas propor-

cionalmente.- El que debe capital e interés, no puede sin consentimiento del acreedor, aplicar el pago al capital antes que a los intereses."; en tanto que el *Proyecto de Código Civil de 1890*, lo hizo en el numeral 2913: "Si el acreedor recibe el capital sin reservarse el derecho de cobrar intereses, se extingue la obligación de pagarlos."; el *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925*, reguló el particular en el artículo 210: "El recibo del capital, dado sin reserva de intereses, hace presumir el pago de éstos, y verifica la liberación, salvo prueba en contrario."; el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926*, en el artículo 200: "El recibo del capital, dado sin reserva de intereses, hace presumir el pago de éstos y verifica la liberación, salvo prueba en contrario."; el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936*, en el numeral 1237: "El recibo del capital, dado sin reserva de intereses, hace presumir el pago de éstos, salvo prueba en contrario."; y el *Código Civil de 1936*, en el artículo 1246: "El recibo del capital, dado sin reserva de intereses, hace presumir el pago de éstos, salvo prueba en contrario."

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973*, abordó el particular en el numeral 96: "El recibo del capital, dado sin reserva de intereses, hace presumir el pago de éstos, salvo prueba en contrario."; en tanto que el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980*, lo hacía en el artículo 99: "El recibo de pago del capital otorgado sin reserva de intereses, hace presumir el pago de éstos, salvo prueba en contrario."; el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981*, en el numeral 1253: "El recibo de pago del capital otorgado sin reserva de intereses, hace presumir el pago de éstos, salvo prueba en contrario."; y, finalmente, el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984*, en el artículo 1200: "El recibo de pago del capital otorgado sin reserva de intereses, hace presumir el pago de éstos, salvo prueba en contrario."

- Fuentes y concordancias extranjeras.

Coinciden con el artículo 1232 del Código Civil Peruano, entre otros, el Código Civil Mexicano (artículo 2090), el Chileno (artículo 1595), el Boliviano de 1976 (artículo 321, incisos 2 y 3), el Español (artículo 1110, primer párrafo), el Portugués de 1967 (artículo 786), el Guatemalteco de 1973 (artículo 1403), el Brasileño (artículo 944), el Anteproyecto Paraguayo de Luis de Gásperi (artículo 818, primer párrafo) y el Proyecto de Código Civil Brasileño de 1975 (artículo 321).

Por su parte, el Código Civil Argentino (artículo 624) también establece que el recibo del capital por el acreedor sin reserva alguna sobre los intereses, extingue la obligación del deudor respecto de ellos.

- Análisis.

Siguiendo a Cazeaux y Trigo Represas[1], esta norma se refiere concretamente a pagos parciales diversos que corresponden a una misma y única obligación, según resulta de su propio contexto, por lo cual estarían marginadas las relaciones obligacionales distintas e independientes entre sí, aun cuando pudieran provenir de una misma fuente, como son los arrendamientos, salarios, intereses de un capital, etc., que van naciendo a **prorrata temporis**, pero en los cuales cada período importa una deuda diferente. No obstante lo cual, a decir de los profesores citados, la mayoría de la doctrina argentina piensa que, pese a la diferencia conceptual entre prestación parcial y prestación periódica, debe entenderse que ambos supuestos están involucrados en lo previsto por el equivalente al artículo 1232 del Código Civil Peruano (el artículo 746 del Código Argentino). Pero, por el contrario, quedan excluidos los impuestos y tasas fiscales, que a más de ser deudas independientes, se rigen por disposiciones admi-

(1) CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Tomo I, Página 204.

nistrativas propias, generalmente denegatorias de lo establecido por esta norma.

En virtud de lo dispuesto por el artículo 1257 del Código Civil Peruano, quien deba capital, gastos e intereses, no puede, sin el asentimiento del acreedor, aplicar el pago al capital antes que a los gastos, ni a éstos antes que a los intereses.

En otras palabras, el artículo que acaba de ser citado establece un orden prelatorio en el pago de la deuda:

(1) Intereses.

(2) Gastos.

(3) Capital.

Naturalmente que el precepto admite pacto en contrario y él tan sólo regirá a falta de dicha estipulación.

El artículo 1232, por su parte, dispone que el recibo de pago del capital otorgado sin reserva de intereses, hace presumir el pago de éstos, salvo prueba en contrario.

Esta norma se diferencia del artículo 1257 del propio Código, en que aquí sí se ha establecido en el recibo que el pago corresponde al capital, razón por la cual no será de aplicación el supuesto de imputación del pago consignado por dicho precepto (pues ya se está efectuando la imputación). Si se otorga recibo de pago del capital, sin expresar reserva en el sentido de que aún se deben los correspondientes intereses, se presumirá que éstos ya han sido pagados.

Concordando los artículos 1232 y 1257, puede llegarse a la conclusión de que, si se otorga recibo por concepto de pago del capital sin reserva alguna, también deberá presumirse efectuado el pago de los gastos de la obligación (además de los intereses).

Naturalmente, en virtud de lo previsto por la última parte del

artículo 1232, esta situación admitirá prueba en contrario, pues se trata de una presunción **iuris tantum**, la que, reiteramos, será sumamente difícil de demostrar.

- ***Concordancias nacionales.***

Imputación del pago, artículo 1257 del Código Civil.

- PAGO CON TITULOS VALORES.

Artículo 1233.- "*La entrega de títulos valores que constituyen órdenes o promesas de pago, sólo extinguirá la obligación primitiva cuando hubiesen sido pagados o cuando por culpa del acreedor se hubiesen perjudicado, salvo pacto en contrario.*

Entre tanto la acción derivada de la obligación primitiva quedará en suspenso."

- Fuentes nacionales del artículo 1233.

Dentro de la legislación colonial, podemos mencionar, en lo referente al concepto del pago, y al cumplimiento completo de la prestación, a la *Ley de las Siete Partidas*, Ley 3, Título XIV, Partida Quinta; y, en lo relativo a la culpa del acreedor, a la Ley 8, Título VIII, Partida Quinta: "**Es tenudo de pechar la cosa, aquel que por su culpa acaeciesse aquella ocasión por que se pierde o se muere la cosa**."

También puede hacerse referencia a la Ley 8, Título XIV, Partida Quinta: **"Cada uno es tenudo de dar, o de fazer, lo que prometio, al plazo quel fue puesto para ello. E non se puede escusar que lo non faga, maguer el otro non gelo demande**."

El artículo 1233 del Código Civil vigente 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*, trataba el tema en el artículo 214: "El pago de las deudas de dinero deberá hacerse en la especie pactada, y no siendo posible entregar la especie, en la moneda que tenga curso legal en el Perú.- La entrega de pagarés a la orden, o letras de cambio u otros documentos mercantiles, sólo producirá los efectos del pago cuando hubieren sido realizados, o cuando por culpa del acreedor se hubiesen perjudicado.- Entre tanto la acción derivada de la obligación primitiva quedará en suspenso."; en tanto que el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926*, lo hacía en el numeral 204: "El pago de las deudas de dinero deberá hacerse en la especie pactada, y no siendo posible entregar la especie, en la moneda que tenga curso legal en el Perú.- La entrega de pagarés a la orden, o letras de cambio u otros documentos mercantiles, sólo producirá los efectos del pago cuando hubiesen sido realizados o cuando por culpa del acreedor se hubiesen perjudicado.- Entre tanto la acción derivada de la obligación primitiva quedará en suspenso."; el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936*, en el artículo 1239: "La entrega de pagarés a la orden, de letras de cambio u otros documentos, sólo producirá los efectos del pago cuando hubiesen sido realizados, o cuando por culpa del acreedor se hubiesen perjudicado.- Entre tanto, la acción derivada de la obligación primitiva quedará en suspenso."; y el *Código Civil de 1936*, en el artículo 1248: "La entrega de pagarés a la orden, de letras de cambio u otros documentos, sólo producirá los efectos del pago cuando hubiesen sido realizados, o cuando por culpa del acreedor se hubiesen perjudicado.- Entre tanto, la acción derivada de la obligación primitiva quedará en suspenso."

Dentro del proceso de reforma del Código Civil de 1936, la

Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973, abordó el tema en el artículo 97: "La entrega de pagarés a la orden, de letras de cambio u otros documentos, sólo producirá los efectos del pago cuando hubiesen sido realizados, o cuando por culpa del acreedor se hubiesen perjudicado.- Entre tanto, la acción derivada de la obligación primitiva quedará en suspenso."; mientras el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980*, lo hacía en el numeral 100: "La entrega de títulos valores que constituyan órdenes o promesas de pago, sólo extinguirá la obligación primitiva cuando hubiesen sido pagados o cuando por culpa del acreedor se hubiesen perjudicado, salvo pacto en contrario.- Entre tanto la acción derivada de la obligación primitiva quedará en suspenso."; el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981*, en el artículo 1254: "La entrega de títulos valores que constituyan órdenes o promesas de pago, sólo extinguirá la obligación primitiva cuando hubiesen sido pagados o cuando por culpa del acreedor se hubiesen perjudicado, salvo pacto en contrario.- Entre tanto la acción derivada de la obligación primitiva quedará en suspenso."; y el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984*, en el numeral 1201: "La entrega de títulos valores que constituyen órdenes o promesas de pago, sólo extinguirá la obligación primitiva cuando hubiesen sido pagados o cuando por culpa del acreedor se hubiesen perjudicado, salvo pacto en contrario.- Entre tanto la acción derivada de la obligación primitiva quedará en suspenso."

- ***Fuentes y concordancias extranjeras.***

Coinciden con el artículo 1233 del Código Civil Peruano, entre otros, los Códigos Civiles Hondureño de 1906 (artículo 1435, segundo y tercer párrafos), Portorriqueño de 1930 (artículo 1124, segundo párrafo), Panameño (artículo 1057, segundo y tercer párrafos) y Español (artículo 1170, segundo y tercer párrafos).

Por otra parte, el Proyecto de Código Civil Colombiano (artículo 555) establece que la entrega de letras, cheques, pagarés y demás títulos valores, de contenido crediticio, valdrá como pago de la obligación si no se estipula otra cosa; pero llevará implícita

la condición resolutoria del pago, en caso de que el instrumento sea rechazado o no sea descargado de cualquier manera. Cumplida la condición resolutoria, el acreedor podrá hacer efectivo el pago de la obligación originaria devolviendo el instrumento. En caso de caducidad o prescripción el acreedor tendrá derecho dentro del año siguiente de ejercitar acción contra quien se haya enriquecido por ese motivo.

- ***Análisis.***

Establecía el artículo 1248 del Código Civil Peruano de 1936 que "La entrega de pagarés a la orden, de letras de cambio u otros documentos, sólo producirá los efectos del pago cuando hubiesen sido realizados, o cuando por culpa del acreedor se hubiesen perjudicado.- Entre tanto, la acción derivada de la obligación primitiva quedará en suspenso."

Dice la Exposición de Motivos del mencionado Código Civil que el objeto de la norma era resolver que la entrega de documentos no producía los efectos del pago, ni operaba novación, sino cuando ellos habían sido pagados o si se perjudicaban por negligencia imputable al acreedor(1).

(1) También resulta de interés apreciar la opinión del Doctor Rosendo Badani (BADANI CHAVEZ, Rosendo. Op. cit. Primera Parte: Obligaciones, Página 160.) sobre el particular:
"El pago de una obligación puede en algunos casos efectuarse con documentos, como pagarés a la orden, letras de cambio, cheques, documentos conforme a los cuales otra persona debe entregar por cuenta del deudor las sumas o valores que representan. No constituyen un verdadero pago, en sentido estricto, no pudiendo considerarse extinguida la obligación, mientras el acreedor no los haya hecho efectivos. Puede decirse que se trata de un pago hecho con condición suspensiva, cual es la de que el acreedor que asume el rol de mandatario del deudor para cobrar estos documentos, los haga efectivos.
Se considera así que el documento ha sido recibido por el acreedor no propiamente en cancelación (**in solutum**), sino **pro solvendo**; esto es, encaminado a producir los efectos del pago y quedando obligado dicho acreedor a procurar la satisfacción del crédito que representa el documento con la diligencia necesaria."

La aplicación de esta regla suponía dos requisitos previos. Que el acreedor consintiera en recibir del deudor efectos de cambio. Y que entre el acreedor y el deudor no hubiera estipulación en el sentido de que la entrega de tales documentos constituía un pago que extinguía la obligación primitiva. El precepto, en nuestra opinión, admitía pues pacto en contrario.

El artículo 1248 del Código Civil de 1936 tuvo el propósito de estimular la circulación de los documentos de cambio, dictando una norma de protección para el acreedor.

El acreedor que recibía efectos de cambio de su deudor, y que procedía con diligencia para mantener vigentes las acciones derivadas de esos documentos, protestándolos a su vencimiento y ejercitando las acciones por derecho de cambio, sabía que la obligación primitiva -aquella por la que se entregaron efectos de cambio- subsistía, y que podía hacer efectivas todas las garantías que de ella se derivaban.

El acreedor que recibía documentos de su deudor, y que, por negligencia, permitía que ellos se perjudicaran por falta de protesto o por no promover oportunamente las acciones por derecho de cambio, veía extinguida la obligación primitiva, con todas sus garantías, y únicamente podía ejercitar las acciones que surgían de los documentos perjudicados.

Desde este punto de vista, la disposición contenida en el Código Civil Peruano de 1936 era plausible.

Pero el legislador de 1936 fue lacónico para regir las complejas situaciones que suscita el texto legal. Y por ello el precepto requiere de un minucioso análisis, teniendo en consideración, adicionalmente, que las consecuencias jurídicas que de él se derivaban, son las mismas que genera el artículo 1233 del Código vigente.

El artículo 1248 del Código Civil de 1936 no aclaraba a qué clase de documentos se refería, ni cuándo se entendían tales documentos perjudicados.

La expresión "u otros documentos" era general y podía conducir a interpretaciones erróneas.

La palabra "perjudicado", por su parte, no tiene un sentido jurídico definido. Esa palabra no la empleaba el Código Civil sino en el artículo 1248 que comentamos. Tampoco era utilizada por el Código de Comercio o por el Código de Procedimientos Civiles de 1912. Sus alcances y significado se encuentran en los cuerpos legislativos españoles y peruanos del siglo pasado. La palabra "perjudicado" desempeñaba un papel de singular importancia en el artículo 1248 del Código Civil de 1936, pues de ese hecho, o de la realización de los documentos, dependía que se produjeran los efectos jurídicos a que él aludía.

El artículo 1248 del Código Civil tampoco expresaba si la regla se aplicaba a toda clase de documentos o únicamente a aquellos que debían ser pagados por terceras personas, por cuenta del deudor.

El texto legal, por último, no señalaba las consecuencias jurídicas que se producían cuando el acreedor, tenedor de los documentos que recibía del deudor, los transfería o los entregaba en garantía a terceras personas.

Analizaremos estos problemas en el mismo orden en que han sido propuestos.

El precepto del Código Civil Peruano de 1936 tenía su origen en el artículo 1170 del Código Civil Español. Su texto era el mismo. El legislador peruano sólo suprimió la palabra "mercantiles", que en el Código Civil Español se consigna después de la palabra "documentos".

Debemos entender que el artículo 1170 del Código Civil Español y el artículo 1248 del Código Civil Peruano de 1936 únicamente se refieren a la entrega de efectos de cambio y no de toda clase de documentos.

La palabra "mercantiles", utilizada por el legislador español,

se presta a interpretaciones equívocas y puede conducir a la confusión de que el texto legal se aplica a todos los documentos de esta naturaleza. Es por ello que el artículo 1248 del Código Civil Peruano de 1936 tenía más propiedad, aunque hubiera sido deseable que se consignara, después de la palabra "documentos", la expresión "de cambio".

Existen importantes razones para considerar que el Código Civil Peruano de 1936, al igual que la legislación española, se refería únicamente a los efectos de cambio.

La palabra "perjudicado", que utilizan ambos preceptos, tiene su origen en la propia legislación española y es privativa del derecho de cambio.

El Código de Comercio Español, promulgado el 30 de mayo de 1829, estatuía, en el artículo 489, que la letra de cambio perjudicada era aquella que no se presentaba para su cobranza el día de su vencimiento y que, en defecto de pago, no se protestaba en el siguiente.

El Código de Comercio Peruano promulgado el 30 de abril de 1853, que comenzó a regir el 15 de junio del mismo año, consignaba, en el artículo 443, una regla similar a la del Código de Comercio Español del año 1829.

Y el propio Código de Comercio Español del año 1885 se refiere, en el artículo 515, a la letra de cambio perjudicada.

El Código de Comercio Peruano -derogado en este extremo por la Ley de Títulos-Valores-, ya no utilizaba esta expresión, propia del Derecho español, debido a que la sección relativa a la letra comercial o de cambio tenía su antecedente en el Código de Comercio Italiano.

Pero si el origen del artículo 1248 del Código Civil Peruano de 1936 se encontraba en el artículo 1170 del Código Civil Español, y si en la legislación española la palabra "perjudicado" tiene un sentido jurídico definido, es evidente que los alcances y signifi-

cado del texto que regía en el Perú debían buscarse en aquella ley.

Y, en este orden de ideas, la palabra "perjudicado", referida a la expresión "...de pagarés a la orden, de letras de cambio u otros documentos...", que utilizaba el artículo 1248 del Código Civil Peruano de 1936, significaba que el texto legal se aplicaba a aquellos efectos de cambio que no se protestaban a su vencimiento.

Sin embargo, donde existe la misma razón existe el mismo derecho. Y no había motivo, por tanto, para que la palabra "perjudicado", en la acepción que le otorgaba el artículo 1248 del Código Civil Peruano de 1936, no se aplicase también en la hipótesis de que el acreedor, por su culpa, después de protestados los documentos a su vencimiento, dejaba caducar la acción por derecho de cambio que de ellos se derivaba. Aquí también se perjudicaban los documentos, en igual medida que si el deudor no hubiera efectuado el protesto dentro del término establecido por la ley.

Era el caso, por ejemplo, del acreedor, tenedor de una letra protestada, que no ejercitaba la acción por derecho de cambio, en la vía directa, contra el aceptante o los avalistas, dentro del plazo de seis meses previsto por el entonces vigente artículo 595 del Código de Procedimientos Civiles, o la acción por derecho de cambio, en la vía de regreso, contra el librador y los endosantes, dentro del término de quince días a que se refería el artículo 507 del Código de Comercio.

Con este mismo criterio la palabra "perjudicado", finalmente, también se refería al cheque, cuando el portador no lo presentaba para ser pagado dentro de treinta días de su fecha y, vencido este término, desaparecía la provisión de fondos por un acto de la persona a cuyo cargo se hubiera girado. El artículo 526 del Código de Comercio y su modificatorio el artículo 172 de la Ley de Bancos disponían que, en ese caso, se perdía la acción por derecho de cambio.

Nótese que en los supuestos que acabamos de estudiar no

entraba en juego la figura jurídica de la prescripción. Porque los efectos de cambio, por razones cronológicas, necesariamente se perjudicaban antes del vencimiento de los tres años que, como plazo de prescripción para todas las acciones derivadas de aquellos documentos, establecía el artículo 961 del Código de Comercio.

Excepcionalmente, la caducidad de la acción por derecho de cambio y la prescripción se aplicaban simultáneamente, si, iniciada aquella acción, el demandante permitía, por su inercia, el abandono de la instancia, y este abandono se decretaba tres años después de la fecha de vencimiento de los documentos que habían recaudado la acción cambiaria.

Es importante observar, por lo demás, el verdadero sentido del artículo 1248 del Código Civil de 1936. El se refería, indudablemente, a la entrega de documentos que expresaban pago. Y los efectos de cambio, o sea las letras de cambio, cheques, vales y pagarés, expresan pago.

Cabe agregar que el artículo 1248 del Código Civil de 1936 utilizaba la palabra "entrega" y que ella también determinaba sus alcances jurídicos. Es propio de los documentos de cambio, en efecto, que se transfieran por entrega. Cuando ellos son emitidos al portador, por la entrega del documento, y cuando son emitidos a la orden, por la entrega del título endosado. La transferencia de documentos nominativos no se opera por entrega. La transmisión de estos documentos constituía, de acuerdo con el precepto comentado, una cesión de créditos que, a su vez, requería la aceptación de la traslación por el deudor o la notificación judicial para que el cesionario adquiriese acción contra el deudor cedido. Así lo establecía el artículo 1457 del Código Civil de 1936.

El propio texto insuficiente del artículo 1248 de dicho Código Civil, por último, anteponía la enumeración de pagarés a la orden y de letras de cambio, o sea de efectos de cambio, a la palabra "documentos". Ello señalaba, sin duda, la naturaleza jurídica de estos documentos.

No entendemos, por las razones expuestas, los verdaderos alcances de los comentarios de los profesores Felipe Sánchez Román[2] y José María Manresa y Navarro[3] al artículo 1170 del Código Civil Español, cuando explican que esta norma se refiere a todo documento de crédito, aunque no sea mercantil. El profesor José León Barandiarán[4] atribuía igual significado al artículo 1248 del Código Peruano de 1936.

Creemos, por el contrario, que el artículo 1170 del Código Civil Español tiene una aplicación más restringida que la que podría inferirse de su interpretación gramatical. El no alude, en nuestra opinión, a toda clase de documentos mercantiles, sino únicamente a los efectos de cambio.

El segundo problema jurídico que surgía de la interpretación del artículo 1248 del Código Civil Peruano de 1936 era determinar si él se refería a toda clase de efectos de cambio o sólo a aquellos que debía pagar un tercero por cuenta del deudor.

Pensamos, con el eminente Manuel Augusto Olaechea, que el texto legal era aplicable tanto a los documentos que debía pagar un tercero por cuenta del deudor, o sea a aquellos aceptados, girados o suscritos por terceras personas y transferidos por el deudor al acreedor mediante entrega o por endoso, como a aquellos otros documentos aceptados, girados o suscritos únicamente por el deudor, al portador o a la orden del acreedor, que el deudor entregaba a éste, o sea a aquellos documentos en que la relación cambiaria se circunscribía al deudor y al acreedor, sin intervención de terceras personas.

La legislación peruana de 1936 no distinguía entre estas dos hipótesis.

---

(2) SANCHEZ ROMAN, Felipe. Derecho Civil Español, Derecho de Obligaciones, Tomo IV, Página 292. Estudio Tipográfico Sucesores de Rivadeneyra. Impresores de la Real Casa, Madrid, 1899.
(3) MANRESA Y NAVARRO, José María. Comentarios al Código Civil Español, Tomo VIII, Páginas 664 y siguientes. Editorial Reus S.A., Madrid, 1967.
(4) LEON BARANDIARAN, José. Op. cit., Tomo II, Página 295.

No percibimos ningún argumento valedero para excluir la norma legal del supuesto en que el pago de los efectos de cambio debía ser hecho por el propio deudor. Era el caso, frecuentísimo, del precio en un contrato de compraventa que se pagaba con letras de cambio aceptadas por el comprador o con cheques girados por el comprador a la orden del vendedor. Aquí no podía admitirse que la entrega de tales documentos operaba novación y que el vendedor veía extinguida la acción derivada de la falta de pago del precio pactado, para conformarse con la acción derivada de los efectos de cambio que recibió y que no fueron abonados a su vencimiento.

No podemos distinguir donde la ley no distingue. Y, por tanto, consideramos que el artículo 1248 del Código Civil de 1936 se refería a los documentos que debía pagar un tercero por cuenta del deudor y a los documentos que debía pagar el propio deudor.

Al emitir esta opinión discrepamos de la de los Doctores Rosendo Badani Chávez[5] y Angel Gustavo Cornejo[6], quienes al analizar el artículo 1248 del Código de 1936 expresan que la regla sólo tenía aplicación cuando se trataba de documentos que debía pagar un tercero por cuenta del deudor.

El último comentario al artículo 1248 del Código Civil de 1936 es que el legislador pudo prever la situación jurídica que se suscitaba cuando los documentos que recibía el acreedor del deudor eran entregados por aquel, a su vez, en propiedad o en garantía, a terceras personas.

Debió establecerse que, en este caso, cualquiera que hubiera sido la suerte de los documentos entregados por el acreedor al tercero, se extinguía la obligación primitiva.

Como hemos visto, el artículo 1248 del Código Civil de 1936

---

(5) BADANI CHAVEZ, Rosendo. Op. cit., Página 193.
(6) CORNEJO, Angel Gustavo. Op. cit., Tomo II, Derecho de Obligaciones, Volumen I, Página 341.

preveía que el pago de la obligación primitiva se generaba cuando los documentos se perjudicaban por culpa del acreedor.

No existía culpa del acreedor -pues la culpa es una noción esencialmente personal- si entregaba los documentos a un tercero y ellos se perjudicaban en poder de este tercero.

Aplicando en rigor la regla del Código de 1936, en este caso, la obligación primitiva no estaba extinguida. Y ello habría conducido a que el deudor, cuando era aceptante, girador o suscriptor del documento, confrontara dos acciones judiciales distintas, destinadas a hacerle cumplir dos veces una misma prestación.

Hemos sido cuidadosos en advertir que se trataría de una simple confrontación con dos acciones judiciales, sin que esto significara que el deudor estuviera obligado a pagar, en definitiva, dos veces.

Era el caso del deudor que aceptaba letras de cambio giradas por el acreedor a su propia orden. El acreedor, a su vez, endosaba esas letras de cambio en garantía a una tercera persona. Si las letras de cambio se perjudicaban en manos de este tercero, por culpa o sin culpa de éste, no se extinguía la obligación primitiva, porque no había existido culpa del acreedor. Y, al no extinguirse la obligación primitiva, el acreedor podía exigir el pago al deudor. A su vez, el tercero, tenedor de los documentos perjudicados, quien los recibió en garantía, podía ejercitar acción por derecho común contra el aceptante, o sea contra el mismo deudor, para el pago de los documentos.

Hemos consignado el caso de la entrega de letras de cambio por el acreedor a un tercero, en garantía, pues si la entrega se verificaba en propiedad, el acreedor ya habría recibido su importe del tercero y, por tanto, nada tendría que reclamar del deudor.

Otra situación infortunada para el deudor podía presentarse cuando los documentos debían ser pagados por una tercera persona y el deudor, dueño de tales efectos, los endosaba a la orden del acreedor, y éste, a su vez, los endosaba a la orden de un tercero. Si los documentos se perjudicaban en manos de un tercero, el acreedor exigiría al deudor el pago de la obligación primitiva, porque esta subsistiría en razón de que no habría habido culpa del acreedor. El deudor hubiera podido verse obligado a efectuar ese pago.

Pero, al haberse perjudicado los documentos, el deudor que los recuperaba había perdido la acción por derecho de cambio contra su endosante, los endosantes anteriores y los avalistas, y sólo podía accionar por derecho común contra el aceptante, que bien podía ser insolvente.

Y si es verdad que el deudor tenía acción por daños y perjuicios contra el tercero que permitió que los documentos se perjudicaran, también es cierto que habría perdido la acción por derecho de cambio contra todas las personas que intervinieron en los documentos.

En este último caso el deudor no estaba confrontado con dos acciones judiciales, pues se veía obligado a pagar la obligación primitiva al acreedor, sin poder recuperar, en algunos casos, ese importe, no obstante haber sido dueño de documentos suscritos por personas solventes pero que sólo estaban obligadas por derecho de cambio.

Se trata pues de situaciones jurídicas anómalas, en que la obligación primitiva se extingue no sólo cuando los documentos se perjudican por culpa del acreedor, sino también cuando ellos son entregados o endosados por el acreedor a terceras personas.

Aquí ya debía haber concluido la regla de protección del artículo 1248 del Código Civil de 1936.

Si el acreedor introducía en el mercado los documentos que recibía de su deudor, sea entregándolos en propiedad o simplemente en garantía, esa entrega debía producir los efectos jurídicos del pago de la primitiva obligación.

Antes de estudiar las consecuencias que se derivaban del precepto que comentamos es interesante determinar su naturaleza jurídica.

La realización de los documentos significa su pago. Si los documentos se pagan, se extinguen simultáneamente dos obligaciones. La obligación primitiva, aquella cuya acción quedó entre tanto en suspenso, y la obligación nueva, aquella que surgió de los efectos de cambio. El pago tendría la virtualidad jurídica de extinguir dos obligaciones representativas de una misma prestación.

Aquí no se presenta una dación en pago o una novación. Se trata de un simple pago.

La situación es más compleja cuando los documentos se perjudican. Aquí sí se produce novación.

Percíbase con cierta sutileza, sin embargo, que la novación no se opera entre la obligación primitiva, aquella cuya acción quedó entre tanto en suspenso, y la nueva obligación, aquella que se creó al entregarse los efectos de cambio, pues la novación supone la extinción de una obligación para dar nacimiento a otra nueva. En la novación la primera obligación se extingue para crear otra que la reemplaza. En este caso coexisten dos obligaciones. La primitiva, cuya acción quedó entre tanto en suspenso. Y la nueva, la derivada de los efectos de cambio, cuya acción debe ejercitarse. Esta segunda obligación nació sin que se operara la extinción de la primitiva. Y esto no es novación.

La novación sí se opera entre la obligación primitiva y la obligación cambiaria que originan los documentos antes de perjudicarse, por una parte, y la nueva obligación que nace de los documentos perjudicados, por la otra. O sea que esta nueva obligación surgida de los efectos de cambio perjudicados, y que tan sólo concede acción por derecho común, extingue simultáneamente dos obligaciones: la primitiva, la que nació originalmente, y la nueva, la que nació con la entrega de los efectos de cambio.

Aclaremos, para concluir este aspecto del problema, que en el supuesto estudiado no intervienen como instituciones diferentes, la dación en pago y la novación objetiva, pues ambas figuras se identifican.

Dentro de la técnica del Código Civil Peruano, la dación en pago no constituiría la sustitución de una obligación por otra; consistiría en la entrega de una cosa (o en general de cualquier prestación) en lugar de la prestación debida. No crearía una obligación nueva ni sería fuente generadora de obligaciones. Extinguiría definitivamente toda obligación. Sólo la operación que no se consuma inmediatamente, sino que deja subsistente una obligación nueva, constituiría, desde una óptica que no compartimos, una novación por cambio de objeto.

Nosotros seguimos el criterio de distinguidos autores modernos, influenciados por el Derecho Alemán, que ven en la dación en pago una novación por cambio de objeto. No sólo es tentador, sino evidente, analizar a la dación en pago como una novación por cambio de objeto, porque se está en presencia de una obligación que reemplaza a otra.

Por otra parte, también debemos hacer hincapié en la singular importancia que tiene la norma que estudiamos en el campo contractual.

Si los documentos a que aludía el artículo 1248 del Código Civil de 1936 se pagaban a su vencimiento, no se promovía una situación de interés jurídico. Los efectos de cambio habían sido realizados y la obligación, simplemente, se había extinguido.

Muy distintas eran las consecuencias jurídicas que se originaban cuando los documentos se perjudicaban por culpa del acreedor.

Aclaremos, en primer término, que culpa es la omisión de aquella diligencia que exige la naturaleza de la obligación y que corresponde a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. La culpa supone una conducta negligente del acreedor.

Y los perjuicios resultantes de tal conducta negligente le son imputables.

Así, sería culpable el acreedor que omitió, por negligencia, el protesto del documento, o que, también por negligencia, dejó caducar la acción por derecho de cambio.

No habría negligencia cuando el acreedor remite el efecto de cambio a un Notario, para el protesto, y éste omite algunas de las formalidades previstas por el artículo 491 del Código de Comercio (hoy artículos 120 y 121 de la Ley de Títulos-Valores). Aquí no habría culpa del acreedor; la culpa sería del Notario. Aquí no se habría aplicado la sanción establecida por el artículo 1248 del Código Civil de 1936.

Debe entenderse, por otra parte, que los documentos se perjudican si no son protestados contra todos los obligados por derecho de cambio, o si no se ejercitan, dentro del término señalado por la ley, todas las acciones por derecho de cambio que de ellos se derivan.

Tratándose de letras de cambio, por ejemplo, si los documentos eran protestados únicamente contra el aceptante y no contra el girador, o únicamente contra el girador y no contra el aceptante, ellos se habrían perjudicado. Si los documentos eran protestados contra el aceptante y el girador, y no se promovía acción por derecho de cambio, en la vía de regreso, contra el girador, dentro del plazo de quince días que preveía el artículo 507 del Código de Comercio (hoy artículos 122 y siguientes de la Ley de Títulos-Valores), entonces los documentos se habrían perjudicado, aun cuando para el ejercicio de la acción por derecho de cambio contra el aceptante, por la vía directa, dispusiera el tenedor de un plazo de seis meses (hoy ver los artículos 196 y siguientes de la Ley de Títulos-Valores).

En cualquier caso en que se perjudicaran los documentos, aunque sea parcialmente, y siempre que hubiera culpa del acreedor, se producirían los efectos jurídicos del pago de la obligación primitiva.

En esos casos no podía pretender el acreedor que quedara sin efecto el pago de la obligación primitiva por el reconocimiento, en vía de diligencia preparatoria, de los documentos perjudicados.

Es propicia la oportunidad para insistir que la acción por derecho de cambio, que se ejercitaba en la vía ejecutiva por mandato de la ley (artículo 509 del Código de Comercio -hoy ver la Ley de Títulos-Valores y el Código Procesal Civil de 1993-), era de naturaleza distinta a la acción por derecho común que, cuando se recaudaba con documentos perjudicados y reconocidos en diligencia preparatoria, podía también promoverse por la vía ejecutiva.

Y bien, cuando la obligación primitiva había sido garantizada por fianza, prenda o hipoteca, y el deudor entregaba o endosaba a la orden de su acreedor documentos de cambio, y éstos se perjudicaban por culpa del acreedor, entonces se producía el pago de la obligación primitiva y se extinguían todas las garantías personales o reales que se constituyeron para asegurar el cumplimiento de esta obligación.

En ese caso el acreedor, tenedor de documentos perjudicados, sólo podía ejercitar acción por derecho común contra el deudor para el pago de los documentos perjudicados. Pero no podía hacer efectivas las garantías que se constituyeron para asegurar la obligación primitiva, porque ellas se habrían extinguido.

Vemos pues que la sanción para el acreedor negligente es severa cuando los documentos los acepta, gira o suscribe el deudor, sin intervención de terceras personas, o sea cuando la relación cambiaria se circunscribe al deudor y al acreedor.

Sin embargo, la sanción es más severa cuando se trata de documentos al portador o a la orden, aceptados, girados o suscritos por terceras personas y transferidos por el deudor al acreedor.

En este caso, si los documentos se perjudican por culpa del acreedor, se entendería efectuado el pago de la obligación primitiva.

Pero el acreedor, adicionalmente, habría perdido la acción por derecho de cambio, tanto en la vía directa, contra el aceptante y los avalistas, como en la vía de regreso, contra el librador y los endosantes. Y como el deudor sería endosante de los documentos y, por tanto, sólo obligado por derecho de cambio, quedaría totalmente liberado.

El acreedor únicamente podría ejercitar acción por derecho común contra el tercero, quien aceptó, giró o suscribió los documentos perjudicados.

Excepcionalmente el acreedor hubiera podido ejercitar acción por derecho común, de enriquecimiento indebido, contra el librador de la letra de cambio. Para ello hubiera sido necesario, sin embargo, que concurrieran las circunstancias previstas por el artículo 511 del Código de Comercio (hoy ver el artículo 206 de la Ley de Títulos-Valores).

La regla del Código Civil de 1936 también tenía trascendencia jurídica tratándose de la prescripción.

Así, en un contrato de compraventa el acreedor tenía acción contra el deudor para el pago del precio estipulado durante el plazo de quince años, conforme al artículo 1168, inciso 2, del Código Civil entonces vigente. Pero si se verificaba la entrega de efectos de cambio, y éstos se perjudicaban por culpa del acreedor, la acción para exigir el pago de estos documentos perjudicados prescribía en el plazo de tres años, a tenor de lo dispuesto por el artículo 961 del Código de Comercio (hoy ver el artículo 2001, inciso 1, del Código Civil, y sobre caducidad y prescripción los artículos 196 y siguientes de la Ley de Títulos-Valores).

La situación, en otros casos, podía ser favorable al acreedor.

Si se entregaban efectos de cambio en pago de una indemnización por perjuicios cuya acción, de acuerdo con el artículo 1168, inciso 6, del Código Civil de 1936, prescribía a los dos años, y los documentos se perjudicaban por culpa del acreedor, la acción para exigir el pago de estos documentos prescribía a los

tres años (hoy ver el artículo 2001, inciso 4, y los artículos 196 y siguientes citados).

Debemos expresar, en conclusión, que el legislador peruano de 1936 incorporó en el artículo 1248 de dicho Código Civil una norma adecuada a la naturaleza jurídica de los efectos de cambio, que constituyen promesas de pago u órdenes de pago.

El texto legal estaba destinado a proteger al acreedor diligente, manteniendo en vigencia la obligación primitiva que se pretendió pagar con documentos que no fueron abonados a su vencimiento. Y a proteger al deudor de la negligencia del acreedor, cuando éste, por su culpa, permitió que se perjudicaran los documentos.

Pero, debido a la enorme importancia del precepto, a su constante aplicación en las relaciones contractuales, era necesario aclarar su texto a fin de evitar que se desvirtúen los principios que consagraba, y evitar, también, que él constituyera origen de controversias.

Por todo ello, el Código Civil de 1984 ha dispuesto en su artículo 1233 que la entrega de títulos valores que constituyen órdenes o promesas de pago, sólo extinguirá la obligación primitiva cuando hubiesen sido pagados o cuando por culpa del acreedor se hubiesen perjudicado, salvo pacto en contrario; y entre tanto la acción derivada de la obligación primitiva queda en suspenso.

Aclaramos, por cierto, que nuestros comentarios al artículo 1248 del Código de 1936 son de aplicación al artículo 1233 del Código vigente.

Sobre este tema, los profesores franceses Starck, Roland y Boyer[7] enseñan que la regla establece que el pago mediante cheque no deberá ser impuesto al acreedor ya que lo expondría

---

(7) STARCK, Boris, ROLAND, Henri y BOYER, Laurent. Op. cit., Página 87.

al riesgo de insolvencia del deudor (ausencia de fondos) y no le procuraría sino una satisfacción indirecta. Sin embargo, las partes pueden adoptar por convenio este modo de pago; es lícito que una de las partes declare unilateralmente su voluntad en este sentido; así lo practican los comerciantes que pertenecen a centros de gestión agregados y que anuncian según sea la intención de su cliente, que ellos aceptan el pago mediante cheques.

En tal orden de ideas, Jacques Dupichot[8] señala que el pago puede efectuarse mediante técnicas bancarias, como sería una orden para consignar directamente en la cuenta del acreedor, o bien el envío de un cheque bancario; sin que se realice el pago sino cuando el cheque ha sido efectivamente cargado en cuenta. Además, el acreedor es libre de renunciar al pago por cheque, el que sólo es obligatorio en los casos taxativamente enumerados por la ley.

Dentro de lo que él denomina como pago con sustitutos del dinero, Antonio Hernández Gil[9] sostiene que el pago de las deudas pecuniarias requiere siempre la producción de un desplazamiento patrimonial por virtud del cual el acreedor obtiene una cierta cantidad dineraria, desplazamiento que normalmente se traduce en la entrega de las piezas monetarias; pero mientras es rigurosamente indispensable que el acreedor experimente la ventaja patrimonial representada por el ingreso del numerario en su patrimonio, no es, sin embargo, estrictamente necesario que este efecto se consiga mediante la entrega manual de piezas monetarias, pues existen, en tal sentido, ciertos sustitutos que no son de suyo dinero. Por eso, mientras la entrega del dinero da lugar al pago con todas sus consecuencias, la entrega de lo que no siendo dinero en sí, tiende a producir un desplazamiento de numerario, sólo da lugar al pago cuando ese ulterior efecto se haya producido.

Como anota el citado profesor, en España la intervención de

(8) DUPICHOT, Jacques. Op. cit., Página 111.
(9) HERNANDEZ GIL, Antonio. Op. cit., Páginas 413 y siguientes.

los sustitutos del dinero es contemplada y regulada por el artículo 1170 del Código Civil, en sus párrafos segundo y tercero. Dicho Código se refiere ampliamente a "la entrega de pagarés a la orden, o letras de cambio u otros documentos mercantiles"; y son principalmente, en los usos del tráfico, los medios utilizados a tal fin: el cheque, la orden de transferencia a la cuenta corriente y la letra de cambio.

A entender de Hernández Gil, la subordinación del pago a la producción del desplazamiento patrimonial se resalta cuidadosamente por la norma legal en cuanto previene que la entrega de los documentos que menciona "sólo producirá los efectos de pago cuando hayan sido realizados". Tanto en el Código Civil Peruano como en el Español, a la realización se equipara el que se perjudiquen por culpa del acreedor. La realización -además- ha de ser completa, pues de lo contrario no se cumple el requisito de la integridad de la prestación. Según Hernández Gil, una sentencia de su país establece que "entender que el mero asiento en cuenta de las letras o pagarés entregados o endosados por un comerciante a otro solventa las operaciones que contienen" es contrario a los preceptos de los artículos 516 y 532 del Código de Comercio y 1157 y 1170 del Código Civil Español, "ya que las deudas no se estiman satisfechas sino cuando completamente se haya entregado la cosa, y la entrega de pagarés o letras sólo produce los efectos del pago cuando hubiesen sido realizados". Por otra parte -agrega el profesor español- la sentencia del 28 de marzo de 1909 considera que la entrega de letras de cambio cumple fundamentalmente una función de garantía; en tanto que la del 18 de junio de 1914 advierte que no satisfechas las letras a su vencimiento ni lograda la percepción íntegra de su importe a través de los procedimientos ejecutivos, los efectos del pago no se produjeron. Tampoco se producen tales efectos -a entender de Hernández Gil- cuando las letras, al estar defectuosamente extendidas, fueron cobradas por personas no autorizadas por el acreedor (sentencia del 28 de octubre de 1924). Si, vencida una letra, se entrega a un Banco, el cual admitió otra como renovación de la primera y por igual importe, en la que resultó falsa la firma del librado, esto determina la extinción de la obligación del endosante, ya que se perjudicó la letra por no haber adoptado las

debidas garantías de seguridad (sentencia del 17 de enero de 1918). Por otra parte, recuerda Hernández Gil que la sentencia del 5 de julio de 1944 dice literalmente: "según declara la Sala de instancia, el importe de los efectos -recibos, cheques y letras- entregados por los recurrentes 'salvo buen fin', y que se reclama en el presente pleito, fue abonado por el Banco en las cuentas respectivas, operación de abono que el Tribunal '**a quo**' califica de descuento; pero la Sala no afirma ni da por probado que los recurrentes percibieron del Banco, en razón de dichos efectos, cantidad alguna, bien por anticipos de capital al entregarlos, como la operación de descuento exigiría, bien por haber dispuesto del importe total o parcial de aquellos mediante extracciones de fondos con cargo a sus cuentas respectivas, es decir, que el abono de los efectos se consideraba condicionado al hecho de su cobro por el Banco, de conformidad con la cláusula 'salvo buen fin', inspirada, por otra parte, en el criterio del artículo 1170 del Código Civil Español, precepto que no atribuye las consecuencias de pago a la entrega de documentos mercantiles; y hechos estos abonos en los indicados términos, no cabe entender que la declaración de suspensión de pagos convirtió en puras las obligaciones condicionales de que se trata y autoriza al Comité demandante para reclamar de quienes hicieron las entregas de los efectos, el importe de los mismos, que el Banco no llegó a desembolsar."

Resulta de sumo interés lo dicho por Hernández Gil, cuando sostiene que si el pago, de suyo, no está constituido por la entrega de títulos o documentos que representan un derecho a obtener dinero, pero no lo son en sí mismos, hay que concretar cuál es la situación jurídica que se produce en razón de tal entrega. Sostiene que tal situación conduce, no a una dación en pago en sentido estricto (**datio in solutum**), sino a la figura jurídica intermedia entre la dación en pago y la cesión del crédito (**cesio pro solvendo**). La prestación consistente en el abono directo del dinero se sustituye por la de su abono indirecto, pero tal sustitución, en el régimen del Código Civil Español (que es en este extremo similar al Peruano), no da lugar, sin más, a una **datio in solutum**, ya que el efecto propio de ésta es producir **ipso iure**, lo mismo que si fuera el pago, la extinción de la obligación con la consiguiente liberación del deudor. Hay, en cambio, -a decir de

Hernández Gil-, una cesión (o dación) **pro solvendo**. El crédito incorporado al título se transmite. Pero el efecto extintivo no es coetáneo con la entrega, sino que exige la realización, o bien, que se perjudique por culpa del acreedor. Entre tanto, la obligación primitiva quedará en suspenso; significa ello que el acreedor a quien le ha sido entregado un cheque, una letra de cambio, etc., no puede instar el cumplimiento de la anterior obligación, o sea la efectividad de aquel derecho de crédito, sino que ha de hacer lo conducente para la realización del título de crédito que se le ha entregado. Y si esto tiene lugar, se producen los efectos del pago, quedando extinguidos ambos créditos, o mejor: se extingue el primitivo a virtud de la realización del incorporado al título. Pero agrega Hernández Gil que, si la realización no tiene lugar, cesa la situación de suspensión respecto del crédito derivado de la obligación primitiva, y queda colocado el deudor en la posición de incumplimiento.

Por último, es claro para Hernández Gil que nada se opone a que, por virtud del pacto, se excluya la aplicación del principio de que hemos tratado. Así, la entrega de títulos de crédito puede efectuarse con los efectos de una verdadera dación en pago.

Por otra parte, el mismo Antonio Hernández Gil[10] trata del ingreso en cuenta corriente bancaria como medio de pago.

Expresa el citado autor que cuando se alude al ingreso en cuenta corriente como medio de pago, se tiene en consideración la todavía denominada -pese a su generalización- cuenta corriente impropia o depósito en cuenta corriente, y no al contrato de cuenta corriente en su sentido tradicional y más específico.

Estima Hernández Gil que el ingreso en la cuenta corriente del acreedor del importe de la deuda dineraria puede ser un medio de pago; pero el que no lo sea está en función de lo convenido por las partes, de la conducta del acreedor y de las concretas circunstancias concurrentes, razón por la cual hay también casos

---

(10) HERNANDEZ GIL, Antonio. Op. cit., Páginas 301 y siguientes.

en los que el ingreso en la cuenta corriente no equivale al pago con efectos liberatorios.

Agrega Hernández Gil que si, por acuerdo entre el deudor y el acreedor o por la unilateral pero expresa declaración del último, se designa la cuenta corriente a efectos del pago, cumple un cometido semejante al del "**adiectus solutionis causa**", aparte de entrañar también una determinación del lugar del pago. Y suele darse asimismo el caso -distinto del anterior- de que el acreedor en la correspondencia, en las facturas, en la propaganda, etc., haga mención de sus cuentas corrientes. A juicio del autor citado, ello es bastante para que el deudor pueda utilizar la cuenta corriente como medio de efectuar el pago, sin que quepa una eficaz oposición del acreedor, que sería contradictoria con sus propios actos. Y añade finalmente que si nada se ha convenido, ni directa ni indirectamente, pero el acreedor ha hecho indicación de su cuenta, y el deudor ingresa en ella el importe de la deuda, la legitimidad del pago no se producirá por el mero hecho del ingreso, pero tampoco se requiere para que se produzca la conformidad expresa del acreedor; y una vez conocido por éste el ingreso, considera Hernández Gil que es suficiente la abstención o el silencio para que el pago haya de reputarse legítimo y válido.

Comenta el citado autor que la jurisprudencia española ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de este problema. La falta de normas en el Código Civil de ese país y en el de Comercio ha sido suplida por una doctrina legal técnicamente correcta y comprensiva con las exigencias de la realidad. Señala que para la admisión del ingreso en la cuenta corriente como medio de pago podía constituir un escollo la concepción del cumplimiento como negocio jurídico, hacia la que se ha inclinado la propia jurisprudencia; pero ha logrado salvarle, sin llegar a contradecirse, sobre la base de atribuir el valor de declaración de voluntad al silencio o abstención del acreedor.

En tal orden de ideas, anota Hernández Gil que la sentencia del 24 de noviembre de 1943, si es importante por lo que se refiere al tema del pago a través de la cuenta corriente, lo es más todavía por lo que sostiene, en términos generales, acerca del sig-

nificado jurídico de la abstención; afirma, -según él-, en forma impecable: "1º Que todavía no ha llegado la doctrina a establecer en esta materia fórmulas de general aceptación, suficientemente seguras y precisas, que tengan además el debido acoplamiento a nuestro ordenamiento positivo; y 2º, Que si se acepta, por la gran difusión que ha tenido y todavía conserva, el antiguo punto de vista de que el silencio vale como declaración cuando, dada una determinada relación entre dos personas, el modo corriente de proceder implica el deber de hablar, ya que si el que puede y debe hablar no lo hace, se ha de reputar que consiente en aras de la buena fe (**qui siluit, quum loqui et potuit, consentire videtur**), estimándose el silencio como expresión del consentimiento con la concurrencia de estas dos condiciones: una, que el que calla (pueda contradecir), lo cual presupone, ante todo, que haya tenido conocimiento de los hechos que motiven la posibilidad de la protesta (elemento subjetivo); y otra, que el que calla 'tuviera obligación de contestar', o cuando menos, fuere natural y normal que manifestase su disentimiento, si no quería aprobar los hechos o propuestas de la otra parte (elemento objetivo)."

Así, Hernández Gil refiere que tomando como punto de partida este criterio, y sin desconocer el hecho real de la gran difusión de los ingresos en cuenta corriente como medio de pago, resuelve el caso concreto en el sentido de entender que el ingreso no produjo efectos liberatorios por estimar la no concurrencia del elemento subjetivo ni del objetivo a que se subordina la eficacia de la abstención como consentimiento. Deriva -a decir del autor citado- la falta del elemento subjetivo, del hecho de no haber tenido la entidad acreedora conocimiento oportuno del ingreso. Y entiende que tampoco concurrió el elemento objetivo por la especial circunstancia, que matiza el caso concreto, de la inobservancia de las condiciones pactadas para el cumplimiento de la obligación, pues desde el momento que éstas no se atendieron perdían su significación unos hechos que, en otras circunstancias, es decir, dentro de un desarrollo normal de la obligación contractual, podrían haber implicado por imperativos de la buena fe que se requeriría un disentimiento explícito, sin el cual habría que tener por aceptado el pago.

Señala Hernández Gil que en la misma línea, pero más resueltamente inclinada a reconocer el ingreso en cuenta corriente como medio de pago, se muestra la sentencia del 27 de abril de 1945, que cesa y anula la recurrida, declarando que "el ingreso en cuenta corriente cumple el requisito exigido en el artículo 1162 del Código Civil Español y constituye una de las múltiples formas de pago que puede utilizarse con fines extintivos de la obligación, siempre que el acreedor no lo rehúse justificadamente por carecer de las condiciones legales del pago por razón del objeto, lugar y tiempo de la prestación dineraria exigidas por los artículos 1162, 1169, 1170 y 1171 del mismo Código, entendiéndose que, a falta de repudiación expresa, el silencio, tal como se precisan sus efectos en la sentencia del 24 de noviembre de 1943, puede significar tácita aceptación del ingreso como forma eficaz de pago."

Dice Hernández Gil que la sentencia del 18 de junio de 1948, aparte de confirmar las del 24 de noviembre de 1943 y 27 de abril de 1945, atribuye especial significación jurídica a la pública manifestación de la cuenta, declarando que "como la apertura de la cuenta y su pública manifestación mediante membretes o avisos en los anuncios o impresos de su negocio que realice el titular de la cuenta revelan una clara invitación a quienes contratan con él a aprovechar esta facilidad en sus relaciones mercantiles, al mismo tiempo que inducen fundadamente a estimar que los establecimientos a los que se alude quedan autorizados para concebir cuantas cantidades con destino a dicho cuenta correntista se consignaren que habrá de redundar en su utilidad, ya que dada la cualidad de la cuenta bancaria, los ingresos que en ella se realizan se convierten en el acto en créditos contra la entidad receptora, a disposición inmediata del repetido titular de la cuenta a que van dirigidos, y como conclusión lógica de este razonamiento se puede declarar que el ingreso en cuenta corriente cumple el requisito exigido por el artículo 1167 del Código Civil Español, y pueden utilizarse con fines extintivos de la obligación, siempre que el acreedor no lo rehúse justificada y oportunamente por carecer de las condiciones legales del pago en razón del objeto, lugar y tiempo de la prestación dineraria."

Agrega Hernández Gil que, por su parte, la sentencia del 26

de noviembre de 1948 puntualiza que "aun cuando el pago encaminado a extinguir una prestación de dar reviste los caracteres del negocio bilateral, yerra la Sala de instancia al estimar que el silencio del '**accipiens**', que nada dijo ante el anuncio del ingreso ni después de efectuado, no supone una tácita conformidad, pues esta tesis pugna a primera vista con la doctrina legal proclamada en las sentencias del 27 de abril de 1945 y 18 de junio de 1948"; pronunciándose, en sentido semejante, las sentencias del 25 de noviembre de 1950 y primero de marzo de 1936.

Considera el citado tratadista que la posición de la jurisprudencia española puede resumirse de la siguiente manera: en principio ha de reconocerse que el ingreso en abstención del acreedor, si conoció el ingreso y pudo y debió formular oposición, muestra una conformidad; la oposición a formular por el acreedor puede descansar en el no cumplimiento de los llamados requisitos legales objetivos del pago -objeto, tiempo, lugar-, pero el ingreso en sí en la cuenta corriente no es invocable como causa de oposición; la pública manifestación de la cuenta corriente por el acreedor significa una invitación a los deudores e impide la posterior oposición; el ingreso da lugar al nacimiento de un crédito contra la entidad bancaria, que se incorpora inmediatamente al patrimonio del acreedor.

Refiere también Hernández Gil que la Sala del Tribunal Supremo, al conocer de litigios relativos a los arrendamientos rústicos, mantiene un criterio sustancialmente coincidente con el acogido por la Primera Sala (de la cual proceden las sentencias anteriormente reseñadas); y agrega que si algún matiz de diferenciación cabe señalar es el de que la Sexta Sala parece hacer más concesiones a la voluntad del acreedor. Así, la sentencia del 26 de mayo de 1955, si bien admite el ingreso en cuenta corriente como medio eficaz de pago, cuida de resaltar que, en el caso resuelto, el acreedor reconoció voluntariamente tal ingreso como medio de pago con poder liberatorio. La sentencia del 15 de junio de 1956 declara que "los ingresos por el deudor en cuenta corriente bancaria que gira a nombre del acreedor pueden constituir un medio extintivo de la obligación de pago cuando aquél los hace con tal finalidad y éste los acepta sin reserva, debiendo

constar esta aquiescencia de manera clara y terminante, pues de no ser así carecen las transferencias o consignaciones de eficacia liberatoria."

Por último, Hernández Gil enseña que el pago mediante el ingreso en la cuenta corriente plantea algunas cuestiones particulares. La primera de ellas consiste en si se efectúa el ingreso de una cantidad inferior a la debida, aunque el acreedor se abstenga de rechazar el ingreso, no por eso pierde el derecho a reclamar la diferencia; pues la abstención puede tener el alcance de aceptar el ingreso en la cuenta corriente como medio de pago; pero el mero hecho de que no se formulen reparos a la cantidad ingresada no es bastante para entender que es ésta, y no la realmente debida, la cantidad adeudada. Una reducción del importe de la deuda entraña la novación de la obligación, y la novación, aunque sea meramente modificativa, requiere una declaración de voluntad terminante, cometido que no llega a desempeñar, pese a su general fuerza vinculante, la abstención. En este orden de ideas, considera Hernández Gil que el no rechazar el ingreso de la cantidad inferior no tiene más significado -aparte del reconocimiento de la utilización de la cuenta como medio de pago- que el de no atenerse el acreedor al beneficio de la indivisibilidad del pago, lo que equivale a decir que acepta un pago parcial, un abono a cuenta; pero la deuda no queda extinguida.

La segunda cuestión controvertida es cuando el ingreso en la cuenta corriente del acreedor se efectúa, no mediante la directa entrega del numerario por el deudor, sino sirviéndose éste también de su propia cuenta corriente, en virtud de una orden de transferencia, dándose aquí que el pago ofrece además la peculiaridad de que hay una sustitución del obligado por la entidad bancaria depositante, que interviene en razón de un mandato.

Y respecto a la última cuestión controvertida anotada por Hernández Gil, es decir, la relativa a la oposición del acreedor, éste debe formularla, en su caso, frente al deudor, y no es indispensable que rehaga el abono en cuenta que le comunique el Banco; pero a los efectos de la prueba interesa hacerlo, pues de este modo quedará más fácilmente preconstituida.

Antes de concluir con nuestro análisis del artículo 1233 del Código Civil Peruano de 1984, debemos tratar un tema que ha adquirido en nuestros tiempos una importancia medular. Nos referimos al pago con tarjeta de crédito. Para tal efecto, fundamentalmente seguiremos a los profesores franceses Starck, Roland y Boyer[11], quienes definen a la tarjeta de pago o de crédito como una tarjeta girada por un establecimiento financiero (como por ejemplo Diners Club o American Express) con la firma del cliente, denominado adherente, y al anverso cierto número de datos, tales como nombre, domicilio, número de cuenta o de identificación. El titular de la tarjeta, cuando procede a una compra frente a un proveedor o establecimiento comercial que acepta este modo de reglamentación, no tiene necesidad de pagar en efectivo o de girar un cheque; le basta con presentar su tarjeta y firmar la factura sobre la cual los datos de la tarjeta se producen mediante impresión. El proveedor envía la factura al establecimiento emisor, el cual le paga el monto; y después de esto el proveedor se hace reembolsar por su cliente debitándole a su cuenta sumas que el establecimiento ha pagado por adelantado en su lugar.

Recuerdan los citados profesores que este nuevo instrumento de pago, que apareció en Francia desde la post-guerra -y en el Perú se generalizó a mediados de los años ochenta-, implica el establecimiento de dos contratos. Un contrato con el adherente, en los términos del cual la banca emisora se compromete a efectuar un servicio de caja para la cuenta del cliente, al cual entrega la tarjeta, al mismo tiempo que le garantiza el pago de sus facturas hasta llegar a cierto monto. Un contrato con el proveedor según el cual la banca promete pagar las facturas que él emitirá sobre el portador de la tarjeta dentro de los límites de una suma fija (de esta manera, el banco se compromete personalmente, no obstante la insolvencia del cliente) y más allá de hacer un pago en adelanto bajo reserva de caja a favor del adherente.

En Francia (y también en el Perú) el Derecho de las tarjetas

(11) STARCK, Boris, ROLAND, Henri y BOYER, Laurent. Op. cit., Páginas 92 y siguientes.

bancarias está todavía bajo el imperio de la convención. La ley francesa número 911-1382 del 30 de diciembre de 1991, relativa a la seguridad de los cheques y de las tarjetas de pago, a pesar de su intitulación, no reglamenta mucho esta materia; aparte de breves disposiciones relativas a la oposición y a la represión, encontrando solamente la distinción entre tarjeta de retiro y tarjeta de pago; la primera que permite exclusivamente el retiro de fondos, mientras que la segunda permite además su transferencia.

En relación con la utilidad de esta forma de pago, señalan los profesores citados que todas las partes involucradas encuentran interés en el uso de una tarjeta de crédito.

Así, el titular aprecia prioritariamente la comodidad del pago: está libre de cargar efectivo o de contar con un talonario de cheques y se encuentra de este modo en ventaja frente a los riesgos de pérdida o de robo; y es este acuerdo tal, que la administración de correos francesa ha puesto en circulación una tarjeta de telecomunicación, gracias a la cual el usuario puede llamar a un corresponsal de cualquier oficina de correo o de cualquier cabina telefónica, sin estar sujeto a la búsqueda de fichas moneda. Por otro lado -agregan Starck, Roland y Boyer-, por la supresión de las transferencias de fondos, la tarjeta de crédito facilita el ahorro de los particulares, ya que los reembolsos sólo son exigibles a fin de mes; a todo lo cual se agregan diversas ventajas que varían según los establecimientos emisores: posibilidad de retirar billetes en los cajeros automáticos, seguro de vida, reducción sobre ciertos artículos o prestaciones de servicios.

Recuerdan, además, que el proveedor está asegurado de recibir la suma debitada en concurrencia del monto garantizado por el Banco, lo cual evita los riesgos de los cheques sin fondos; se beneficia, en consecuencia, de facilidades de pago acordadas a los portadores, quienes por esta misma razón están motivados a incrementar su consumo, atrayendo a la clientela que no tiene ni deseo ni medios para proceder a un pago inmediato.

En cuanto al establecimiento emisor, señalan que éste encuentra una simplificación importante de sus escritos, pues las

tarjetas de crédito se prestan al manejo por computadora, así como una fuente de ingresos, ya que percibe una comisión sobre cada una de las operaciones registradas.

En contraposición -puntualizan los autores citados-, la tarjeta de crédito presenta ciertos peligros. Desde un punto de vista general, es un factor de alza de precios, porque anestesia el sentimiento del gasto e incita a un consumo exagerado.

Por otra parte -dicen Starck, Roland y Boyer-, la tarjeta es susceptible de un uso fraudulento; fraude que puede reflejarse en el hecho de un titular que se sirve de su tarjeta para efectuar retiros que sobrepasan el monto de su cuenta; pero, no incurre según la justicia francesa en responsabilidad penal. El fraude, en caso de pérdida o robo, puede provenir de un tercero que se vuelve culpable de estafa. Puede, también, haber falsificación fraudulenta, o uso con conocimiento de causa, de una tarjeta falsificada, en cuyo caso el delincuente se expone a una pena de prisión; y en todas estas circunstancias la utilización abusiva de la tarjeta desencadena una responsabilidad civil. Así -agregan-, el centro de manejo de tarjetas de crédito debe responder al perjuicio causado a aquel cuya cuenta ha sido debitada por una factura que no había firmado. Sucede lo mismo para el comerciante que omite la verificación de la conformidad de la firma suscrita en un recibo de caja con el modelo puesto en la tarjeta.

Finalmente, señalan los profesores franceses citados, que en cuanto al Banco, una distinción justa consistiría en repartir los cargos de los retiros fraudulentos entre él y el portador según hayan tenido lugar antes o después de la declaración del robo. Esta solución no es exactamente la del Tribunal Supremo Francés. Ciertamente -agregan- la Cámara de Comercio de ese país decide que el Banco debe reembolsar las sumas adeudadas luego de los retiros fraudulentos, cuando éstos se han producido después de que una oposición ha sido presentada para su conocimiento: el Banco debía utilizar los medios puestos a su disposición para que los retiros no sean efectuados (prevenir a los comerciantes, desactivar la tarjeta). Por todo lo cual, la responsabilidad del Banco no está automáticamente desprendida de las operaciones an-

teriores a la oposición, y le es necesario demostrar que el titular de la tarjeta ha cometido la imprudencia de no guardar su código secreto y ha violado la obligación contractual de medios a la cual estaba sujeto; es esta una prueba muy rigurosa, por no decir imposible, porque es probable que el ladrón no haya podido proceder a los retiros, a no ser que el titular de la tarjeta no haya guardado su código secreto.

- ***Jurisprudencia peruana del artículo 1233.***

En relación a este tema citamos las siguientes Ejecutorias Supremas:

I.- "El vendedor que recibe del comprador letras de cambio, giradas y endosadas por éste, en pago del valor de la cosa vendida, tiene derecho a exigir del comprador el pago del valor de dicha cosa, si las letras no fueron pagadas. La entrega de estos documentos de cambio sólo extingue la obligación en el caso de haber sido realizadas." Revista de los Tribunales, 1937, Página 19. Anales Judiciales, 1936, Página 218. Revista del Foro, 1937, Página 297. (Artículo 1248 del Código Civil de 1936).

II.- "La entrega de letras de cambio aceptadas por el comprador, en pago del valor de mercaderías, extingue la obligación de pagar el valor de dichas mercaderías, si éstas fueron entregadas al comprador, por aplicación del inciso 3 del artículo 141 de la Ley Procesal de Quiebras." Anales Judiciales, 1944, Página 152. Revista de Jurisprudencia Peruana, 1944, Número 7, Página 30. Revista de los Tribunales, 1945, Página 219. (Artículo 1248 del Código Civil de 1936).

III.- "Un fallo no puede, sin incurrir en contradicción, declarar la nulidad de un contrato y subsecuentemente, su rescisión.

En todo contrato bilateral, como la compra-venta, hay condición resolutoria y esta se da cuando una de las partes no

cumple con su obligación en la parte que le respecta, conforme al artículo 1341 del Código Civil.

Si en un contrato sinalagmático, como es el de compra-venta, el comprador incumple su obligación de pagar el precio, se declarará judicialmente su resolución.

Declarada la rescisión de un contrato de compra-venta por falta de pago del precio, el comprador deberá pagar intereses por el monto del precio (Artículo 1413 del Código Civil).

La entrega de una letra de cambio aceptada por el comprador no importa novación y si la misma no es pagada a su vencimiento, se encuentra viva la acción para el pago del precio (Artículo 1248 del Código Civil)." Ejecutoria del 25 de mayo de 1951. Revista de Jurisprudencia Peruana, Número 91, 1951, Página 907. (Artículos 1248 y 1324 del Código Civil de 1936).

IV.- "No es exigible el pago del seguro de automóviles, si el asegurado aceptó letras de cambio por el valor de las primas y no ha pagado el valor de dichas letras." Revista del Foro, 1954, Página 589. (Artículo 1248 del Código Civil de 1936).

V.- "El pago hecho con un cheque de Banco entregado al Juzgado no cancela la obligación si no es cobrado por falta de fondos." Revista de Jurisprudencia Peruana, 1957, Página 790. (Artículo 1248 del Código Civil de 1936).

VI.- "El que vendió un inmueble y recibió el precio en un cheque de banco que no lo presentó para su pago, carece de derecho para solicitar que se declare judicialmente que los adquirientes de dicho inmueble en remate público no son propietarios sino del 50% del bien, por corresponderle al demandante la otra mitad, en mérito de la sentencia dictada en el juicio de rescisión de venta, cuya sentencia expedida por el allanamiento de la demandada en ese juicio no produce efectos respecto de terceros, ya que el inmueble no pertenecía a la demandada en el juicio de rescisión, sino al

subastador que intervino en el juicio ejecutivo." Anales Judiciales, 1966, Página 57. (Artículo 1248 del Código Civil de 1936).

VII.- "La entrega de cheques, que son devueltos por los Bancos girados, por falta de fondos, no producen los efectos del pago.

La consignación de la renta adeudada con posterioridad a la demanda, no enerva la acción de desahucio." Ejecutoria del 9 de junio de 1967. Revista de Jurisprudencia Peruana, Número 284, 1967, Página 1077. (Artículo 1248 del Código Civil de 1936).

VIII.- "Los recibos de pago de la merced conductiva reconocidos ficta o expresamente desvirtúan la mora invocada en la demanda, aun cuando se alegue que fueron cancelados con cheques sin fondos, si no se invocó esta circunstancia en la demanda ni se acredita que pretendieron pagarse con ellos." Ejecutoria del 18 de febrero de 1976. Revista de Jurisprudencia Peruana, Número 387, 1976, Página 414. (Artículos 1239 y 1248 del Código Civil de 1936 y 1225 del Código Civil de 1984).

IX.- "Habiéndose efectuado la entrega del respectivo cheque, para el pago del saldo de precio, dentro del plazo previsto en la correspondiente cláusula del contrato de compraventa, con pleno conocimiento de la acreedora, esta última no puede invocar la rescisión de tal contrato por el incumplimiento de dicha cláusula." Ejecutoria del 10 de mayo de 1983. "El Peruano", Número 13690, 10 de diciembre de 1984. (Artículo 1248 del Código Civil de 1936).

- ***Concordancias nacionales.***

Novación, artículo 1277 del Código Civil / Novación objetiva, artículo 1278 del Código Civil / Casos en que no existe novación, artículo 1279 del Código Civil / Normas para el pago de aportes, artículo 10, incisos 4 y 7, de la Ley General de Sociedades.

– ALGUNOS ASPECTOS SOBRE LA CONTRATACION CONTEMPORANEA. LOS EFECTOS DE LA INFLACION: EL NOMINALISMO Y EL VALORISMO.

Expresa el profesor argentino Luis Moisset de Espanés[1], en una carta dirigida al Doctor Omar U. Barbero, refiriéndose al tema del nominalismo y valorismo, que el mismo ha sido objeto de atención y preocupación para todos los juristas del país, tanto teóricos como prácticos. Abogados, magistrados y profesores han tenido que analizarlo en profundidad y escribir sobre él en sus ensayos, alegatos y sentencias, a punto que a diferencia de lo que decía Ihering de las obligaciones correales -en esa magnífica obra titulada "*Jurisprudencia en broma y en serio*"- de que podían establecerse dos categorías: los que escribieron sobre ellas, y los que no lo hicieron, aquí hay una sola categoría: todos han estudiado el tema y escrito; se puede decir -según él- que lo escrito es de buena o mala calidad, pero no que nadie haya dejado de opinar, desde distintos ángulos; sin haber estado ausentes ni los procesalistas, ni los constitucionalistas, ni los laboralistas, e incluso los penalistas, por el hecho de que las acciones civiles se ejercen a veces en sede penal.

---

(1) MOISSET DE ESPANES, Luis. Estudios de Derecho Civil. Cartas y Polémicas, Página 48. Víctor P. De Zavalía, Editor. Córdoba, Argentina, 1982.

Las materias que serán analizadas en los artículos 1234, 1235, 1236 y 1237 del Código Civil Peruano, son las relativas a las obligaciones dinerarias, aquellas consistentes en dinero, el mismo que, a decir del profesor Jorge Joaquín Llambías[2], son una cosa valiosa a la cual la autoridad pública le ha atribuido la función de unidad de medida del valor de todos los bienes.

Refiere Llambías que antiguamente la sal llenó la función del dinero, de donde viene "salario", que era el estipendio o recompensa dado a los criados por sus amos. Tenía que elegirse, como moneda, cosas valiosas, es decir, que fuesen deseables por todos y que existieran en cantidad estable: de ahí que de pronto se eligiera como signo de moneda a los metales preciosos, que tenían la ventaja, por su rareza, de concentrar en poco volumen un elevado valor adquisitivo, bastante estable. Explica Llambías que modernamente se han empleado simples papeles representativos del valor monetario a que se refieren.

A decir del profesor citado, las principales funciones del dinero son las siguientes: (1) Es un intrumento de cambio que facilita la satisfacción de las necesidades humanas, pues quien es poseedor de algún bien puede realizarlo y con el dinero obtenido adquirir lo que necesita en cada circunstancia; y ya no se requiere, como antiguamente, recurrir al trueque, que dependía de encontrar al interesado en cambiar una cosa por otra cosa; (2) Es una medida de valor, porque actúa como denominador común de los demás bienes, que se aprecian económicamente en términos de moneda; (3) Es un sustituto de obligaciones que no debían ser solventadas en dinero; pues, en efecto, el objeto de tales obligaciones es estimable en dinero, por donde, aunque no se cumplan en especie, siempre podrá el acreedor obtener una suma de dinero de valor semejante a la prestación incumplida; siendo éste un cumplimiento por vía de equivalente.

Señala Llambías que el Estado ha de procurar que el dinero

(2) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo II - A, Páginas 180 y siguientes.

llene, eficazmente, las funciones expresadas. Y en esa actuación del Estado está implícito un verdadero servicio público, que, como otros, a veces se ha cumplido eficientemente, y otras veces no, con el consiguiente desmedro del bien común, convirtiendo a la moneda, el fenómeno de la inflación crónica, en una medida que no sirve para medir por su inestabilidad: es como un metro más corto, día a día; y ante el fracaso del Estado en el resguardo de la unidad de medida de la moneda, los particulares han tenido que ampararse en cláusulas de estabilización del valor de la prestación debida, sobre cuya legitimidad, antes controvertida, ahora ya no se duda.

A entender de Llambías -en opinión que compartimos-, el dinero presenta los siguientes caracteres:

(a) Es una cosa en cuanto objeto corporal susceptible de tener un valor;

(b) Es fungible, porque cualquier unidad monetaria es intercambiable por otra representativa de igual valor;

(c) Es consumible, porque una vez usado en cualquier operación deja de existir para quien lo usa: "**quae primo usu consumuntur**";

(d) Es eminentemente divisible, porque puede ser fraccionado indefinidamente, aunque falten los billetes o piezas correspondientes a las fracciones resultantes;

(e) Es una cantidad, en cuanto las unidades monetarias carecen de toda nota individual, importando sólo el género a que pertenecen;

(f) Es de curso legal, en cuanto su valor nominal está certificado por el Estado en cada pieza, no pudiendo discutir los particulares ese valor; así, fijado un alquiler en 1,000 soles, no podría el locador sostener que el dinero con que se le intenta pagar ya no tiene el valor de antes, y que por ello debe incrementarse en cierta medida el alquiler anterior. Se trata

de una deuda de dinero y a ello se opone el principio nominalista que las rige, según el cual una unidad de moneda es igual a otra unidad de la misma moneda;

(g) Es de curso forzoso, en cuanto los particulares están obligados a recibir la moneda legal como medio de pago; éste es un carácter íntimamente relacionado con el anterior.

Como enseña el tratadista argentino Luis María Boffi Boggero[3], la moneda desempeña funciones diferentes.

Desde el punto de vista económico, la moneda es la medida de valores, ya que las cifras que en ella estén expresadas dan la dimensión de riqueza contenida por las cosas. Recuerda Boffi Boggero que ha dicho Galli -con razón-, al respecto, que el valor se mide con dinero como otras medidas son idóneas para medir el peso y otras el volumen de las cosas.

Además de ello -agrega- la moneda contiene la misma cantidad de valor que mide. Así, si una cosa vale un millón de unidades de moneda nacional, esa suma contiene el mismo valor que la cosa: le es equivalente.

Desde el punto de vista jurídico, la moneda es el instrumento común de cancelar créditos, fija el monto de las obligaciones que la tienen por objeto, computándose en ello la cifra de los intereses debidos, siendo un vehículo de cambio.

A decir de Boffi Boggero, y sin penetrar en sutilezas teórico-económicas, el dinero puede dividirse en tres especies: moneda metálica, moneda de papel y papel moneda.

La moneda metálica se confecciona mediante el empleo de metales nobles, como el oro o la plata, en calidad igual al valor que la moneda represente. No obstante, debe destacarse que una

---

(3) BOFFI BOGGERO, Luis María. Op. cit., Tomo II, Páginas 362 y siguientes.

moneda de oro contiene partes de otros metales para producir la aleación y, con ella, conferir perdurabilidad a la moneda. La función más importante de la moneda de oro es hoy la de respaldo de la moneda de papel.

Señala el autor citado que aquélla consiste en un título de crédito contra la Nación o un órgano bancario nacional por la suma de dinero que el papel establece; y se puede dividir en moneda representativa y fiduciaria. La primera se halla asistida de efectiva garantía en oro, aunque en la práctica el Estado no cuenta con la total cantidad de oro representada por los billetes. La segunda carece de garantía en metálico, pero cuenta con la confianza de su convertibilidad en oro en el momento de su presentación con tal propósito por el tenedor. La mecánica de la vida económica hace que ambas especies de moneda de papel no se distingan en la práctica. Solamente en casos de pánico puede revelarse su diferencia, porque ello supone el reclamo de todos los tenedores acerca del volumen de oro mencionado en el papel.

Agrega Boffi Boggero, por otra parte, que el papel moneda es el dinero emitido sin atribuirle garantía alguna y se halla respaldado comúnmente por el curso forzoso, sirviendo para las transacciones y siendo aceptado incluso por el Estado como pago impositivo.

Y, por último, desde otro punto de vista, anota el mencionado profesor que la moneda puede dividirse entre la que tiene curso legal en el país y la que carece de él.

Por otra parte, y en nuestra opinión, el tema de la inflación corresponde, sin duda, al ámbito económico, pero tiene importantes repercusiones jurídicas. En tiempos de estabilidad monetaria, o sea cuando no hay inflación o cuando ella es poco significativa, el acreedor carece de interés en buscar una norma legal que le permita protegerse de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda. Pero en períodos de inflación, por el contrario, tratará, asegurando la estabilidad de su contrato, de evitar las consecuencias de tal merma.

La inflación es hoy un fenómeno generalizado en muchas partes del mundo, singularmente en la América Latina. Ella agobia a nuestras naciones y no es ajena al Perú. Y la situación es tan grave que el Derecho no puede permanecer indiferente ante un fenómeno que es económico, pero que tiene, sin duda, trascendencia jurídica.

La inflación en el Perú para el año 1988 -por citar un ejemplo crítico- fue de aproximadamente 600%. Esto quiere decir que los bienes y servicios que en promedio podían adquirirse a principios de enero de 1988 en I/. 1'000,000, costaron, a fines de diciembre de 1988, I/. 7'000,000. Si una persona hubiera entregado en mutuo a principios de enero de 1988 la suma de I/. 1'000,000 (el Inti era entonces la moneda de curso legal y tuvo efímera vigencia) con la tasa máxima de interés del 120% al año, hubiese cobrado a finales de diciembre de 1988, por capital e intereses, I/. 2'200,000. El acreedor habría obtenido la restitución de su dinero sin frutos y con un poder adquisitivo descomunalmente diminuto. En el caso propuesto parece obvio que nadie hubiese entregado en mutuo el millón de intis en las condiciones señaladas. Vemos pues cómo la inflación, el más perverso de los impuestos, todo lo altera. Baste recordar que durante el quinquenio 1985-1990 la inflación acumulada en el Perú llegó a la espantosa cifra de aproximadamente 2'000,000%.

¿Pero tiene el Derecho mecanismos que permitan superar la absurda situación planteada? El problema corresponde ser dilucidado por las denominadas Teorías Nominalista y Valorista.

Según la clasificación -famosa, por cierto- de Nussbaum, citado por Busso[4], las deudas que en una u otra forma tienen por objeto una cantidad de moneda son las siguientes:

(1) Deudas pecuniarias, las mismas que, a su vez, se clasifican en (a) Deuda pura de dinero o deuda de cantidad; y (b) Deuda de moneda determinada.

---

(4) BUSSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo IV, Páginas 220 y siguientes.

(2) Deudas Monetarias, las mismas que se subdividen en (a) Deuda monetaria genérica; y (b) Deuda monetaria específica.

(3) Deudas de moneda como cosa determinada.

Así, a entender de Busso -en criterio que compartimos plenamente-, si la convención por la que se promete una suma de dinero no contiene especificación alguna por la cual el vínculo queda referido a un signo monetario determinado, la deuda es pura de dinero.

Refiere Busso que la deuda de moneda determinada -como añade Nussbaum- es una variante de la obligación pecuniaria; y se configura cuando en una convención se establece que solamente pueden utilizarse para el pago determinadas especies de los signos monetarios pertenecientes al sistema imperante, siendo las más usuales: la deuda en moneda de oro, la cláusula de oro o la cláusula valor oro, la deuda en moneda extranjera con garantía de determinado cambio, etc.; concluye el mismo autor en que la deuda de moneda determinada reviste una doble naturaleza, pues combina los caracteres de las deudas de cantidad y de las obligaciones de prestación de cosa, en virtud de lo cual se las ha llamado "deudas de dinero mixtas" o "deudas calificadas"; pero de cualquier manera, son siempre deudas de dinero, y así, por ejemplo, una venta no se convertiría en permuta por el hecho de que el precio se fijara en moneda determinada.

Anota Busso que frente a las deudas pecuniarias, Nussbaum sitúa otros dos tipos de deudas, que en algún modo tienen a la moneda como objeto, pero que se rigen por principios diferentes a los ya considerados. Por una parte, las "deudas monetarias", y, por otra, las deudas de "moneda como cosa determinada". Agrega Nussbaum que la deuda monetaria tiene por objeto principal, no un tanto de dinero, sino determinadas cosas empleadas como moneda (signos monetarios), y puede revestir dos formas: genérica y específica. La deuda monetaria genérica se da, por ejemplo, cuando en tiempo de moneda sana, pero con escasez pasajera de un signo determinado, se comprometiese una persona a entre-

gar determinada cantidad de moneda de ese signo. La específica, conocida ya en el Derecho Romano, existe, por ejemplo, cuando alguien se obliga a entregar las monedas contenidas en tal arca.

Agrega Busso que la deuda de moneda-cosa cierta comprende determinadas piezas o signos, prescindiendo de que ellos pertenezcan a un sistema monetario y de que tengan un valor de circulación o adquisición. Es lo que ocurre cuando una moneda, por ejemplo, interesa como objeto de colección.

En opinión de Busso, la clasificación de Nussbaum resulta excesivamente complicada y sutil. En especial, no le parece lógico referir el concepto de deuda de moneda determinada, en forma indistinta, sea a la indicación de una moneda de pago o a la indicación de una moneda que sirva para medir el objeto de la deuda; pues, si se indica moneda de pago, pareciera que la obligación no sería ya "pecuniaria" sino "monetaria".

Anota el autor argentino citado que en muchos casos la aclaración del verdadero carácter de una deuda requerirá se tenga en cuenta la intención de las partes, ya que un mismo tipo de convención puede servir para instrumentar deudas que tienen distinto alcance. En especial, pueden confundirse las deudas pecuniarias de moneda determinada y las deudas monetarias genéricas.

Busso pone como ejemplo el caso de A, que debiendo vender mercaderías al exterior no quiere estar sometido a las variaciones del signo monetario correspondiente al país comprador; y para asegurarse estipulará el precio en una moneda firme (como son los dólares), o incluirá una cláusula oro u otra similar. En todos esos casos la deuda seguirá siendo pecuniaria; el deudor podrá pagar en la moneda que tenga curso en el lugar del contrato, si bien deberá hacerlo en la cantidad necesaria para la adquisición de los dólares o el oro indicados en la convención.

Continúa suponiendo, en cambio, una plaza comercial en la cual en determinado momento hay falta total de dólares, y que en un contrato se otorgan al deudor facilidades especiales, siempre

que se pague el precio en dicha moneda. Advierte que, en tal caso, las partes han tenido en cuenta como elemento esencial del contrato la entrega de dólares; y que el deudor estaría en la necesidad de entregar ese signo monetario específico, y no se configurará una deuda pecuniaria sino una deuda monetaria genérica.

Otro caso sería, según Busso, si una persona contrata con una agencia de cambios la adquisición de determinadas piezas monetarias que necesita para viajar al extranjero. La obligación contraída por la agencia de cambios es también "monetaria" -porque al acreedor le interesan determinadas monedas y no su equivalente en otras- y "genérica", porque las piezas a entregar deberán tomarse de un género ilimitado, cual es el total de moneda acuñada o emitida por el Estado correspondiente.

Una variante del caso anterior sería si la persona que necesita una moneda extranjera determinada, compra a un amigo cierta cantidad de esa moneda que éste tiene guardada en su caja fuerte. La deuda -dentro de la clasificación de Nussbaum- desde el primer momento ha quedado referida a ciertas piezas determinadas; lo que tiene importancia con relación al régimen de riesgos, ya que no sería aplicable la máxima "**genus nunquam perit**".

Fundamentalmente, Busso adopta la siguiente clasificación de las obligaciones dinerarias:

(a) Obligaciones pecuniarias puras y simples, sin especificaciones complementarias;

(b) Obligaciones que son pagaderas en cualquier moneda de curso legal, pero cuyo objeto se calcula sobre la base del valor de un patrón determinado;

(c) Obligaciones pagaderas en moneda determinada con curso legal;

(d) Obligaciones pagaderas en moneda determinada con curso forzoso.

Por otra parte, debemos expresar que la tesis Nominalista, de antigua raigambre, tiene su expresión más significativa en el artículo 1895 del Código Civil Francés. Ella responde al principio de que no obstante la fluctuación del valor de la prestación debida, entre la época en que se contrajo la obligación y la época de su cumplimiento, debe mantenerse intangible el monto numérico de dicha prestación, esto es, la suma original, en tal forma que el deudor se libere entregando la misma cantidad de unidades a las que inicialmente se obligó. El deudor sólo pagaría la suma numérica expresada en el contrato, sean cuales fueren las fluctuaciones en el valor de la moneda.

En una carta dirigida al Doctor Pedro N. Cazeaux[5], el Doctor Luis Moisset de Espanés le decía que una vieja máxima romana expresa "**de minimo non cura praetor**", y el aserto tiene una gran dosis de verdad, ya que ni el juez ni el jurista, ni las propias partes, suelen ocuparse de los hechos que causan un daño pequeño, y en sentido similar los "pequeños contratos" de la vida cotidiana no suelen llamar nuestra atención y, cuando en fecha reciente algunos se interrogan por su validez, incluso en el caso en que son celebrados por personas carentes de discernimiento, no suelen advertir que sólo son válidos, en cuanto el daño que pueden ocasionar es mínimo.

Y luego le expresa:

"Quizás usted me pregunte: ¿qué tiene que ver esa introducción con el reajuste por depreciación monetaria? Muy sencillo, el nominalismo ha podido aceptarse por la doctrina y la jurisprudencia, mientras el cambio de valores era mínimo; en esas circunstancias resultaba inadmisible provocar un litigio para corregir diferencias ínfimas. Las pequeñas alteraciones que puede sufrir una moneda 'estable' no justificaban desgaste jurisdiccional, y sólo cuando excepcionalmente una moneda padecía graves deterioros se alzaban algunas voces enjuiciando el nominalismo, y recordando que la función del intérprete debe estar presidida por la búsqueda del valor 'justicia', que en el caso concreto exigía correcciones de 'equidad'. Pero los más se aferraban a la 'seguridad', que parece ofrecer el nominalismo, y sólo aceptaban a regañadientes que se corrigiesen las sumas debidas cuando el cambio había sido brusco e 'imprevisible', por la aplicación de teorías derivadas de la '**rebus sic stantibus**'..."

(5) Publicada en el libro Estudios de Derecho Civil, Cartas y Polémicas del Doctor Luis Moisset de Espanés, Páginas 56 y siguientes.

Agrega Moisset de Espanés que el siglo pasado, culminación de lo que podía llamarse Edad de la Razón, trae consigo en el terreno jurídico el predominio del positivismo, mientras que en las ciencias de la naturaleza se procura medirlo todo con exactitud -y se tiene el convencimiento de lograr éxito en ese esfuerzo-; buscándose entonces el establecimiento de "unidades" fijas de medida, que tengan carácter universal para facilitar el trabajo del científico: el gramo, el litro y el metro, son exponentes de este esfuerzo, y en la Oficina de Pesas y Medidas de París se deposita el "metro-patrón", de platino-iridio, cuarenta millonésima-ava parte del meridiano terrestre, símbolo de los logros y conquistas obtenidas por la inteligencia humana.

Continúa diciendo Moisset de Espanés que en materia económica se cree poder también lograr unidades de medida estable, en las monedas metálicas, y que esas unidades de valor puedan servir de medios jurídicos de pago, ajustándose al principio "nominalista"; precisa que no debe olvidarse que la justicia -tanto la conmutativa, como la distributiva- al exigir que se dé a cada uno lo suyo, lo que tiene en cuenta son los "valores" que se han de dar, y la moneda no es un fin, en sí misma, sino un medio técnico ideado por el hombre para "medir esos valores". Puntualiza que el "nominalismo dinerario" puede lograr la consagración de soluciones justas, por la vía de la seguridad, siempre y cuando la moneda sea estable, o sus variaciones sean pequeñas, de manera que puede repetirse aquello que "**de minimo non cura praetor**"; pero si el dinero deja de ser una unidad de medida de los valores, si pierde su estabilidad, la aplicación de principios "nominalistas" -por más que se invoque una pretendida "seguridad" jurídica- sólo podrá traer como consecuencia las más fla-

grantes violaciones al supremo valor Justicia, que es el fin primordial del Derecho.

Recuerda el citado profesor que, en el curso de este siglo XX, el primer y gravísimo impacto provocado por una moneda que ha dejado de servir como "unidad" para medir los valores económicos, se produce en Alemania, después de la Primera Guerra Mundial; razón por la cual aparecen también allí los estudios de Nussbaum y de muchos otros juristas que buscan por diversos medios atender a esa nueva realidad económica: el nuevo "dinero" tiene una naturaleza distinta de aquella otra cosa, a la que los legisladores habían llamado "dinero".

En tal orden de ideas -expresa Moisset de Espanés-, las teorías de la presuposición, de la base del negocio, el resucitar la vieja claúsula "**rebus sic stantibus**", o forjar la teoría de la imprevisión, son ejemplos del esfuerzo que realizan los juristas por atender los problemas que origina la distinta naturaleza que tiene ahora esa creación del hombre, a la que se sigue dando el mismo nombre, "dinero", pero se le ha dado un contenido fáctico substancialmente distinto. En esta búsqueda de herramientas técnicas, de carácter jurídico, que permitan dar una solución justa a los problemas económicos que crea esta nueva realidad, se traza la sutil distinción entre las "obligaciones de dinero" y las "obligaciones de valor", distingo que -a entender de Moisset de Espanés- las más de las veces es artificioso, aunque haya prestado utilidad -en algunos casos- para lograr la justicia. Así, quienes sostienen la naturaleza "ontológica" de la distinción olvidan que en la mayoría de los casos el "dinero" no es un fin en sí mismo, sino que con él se procura medir "valores" y, en consecuencia, las obligaciones "dinerarias" también son de "valor". Sólo serían -a entender del profesor argentino- "dinerarias puras", aquellas en que la moneda se tomase como mercadería, que constituye un "fin" en sí misma, y por eso no ha faltado un autor que sostuviese que sólo quedaría en la categoría de obligaciones dinerarias, el mutuo de dinero. Y aun en este caso cabría preguntarse si las partes entendían dar a esas monedas el tratado de una mercadería, o si el interés primordial era el obtener las ventajas que representa disponer del "valor de ese dinero".

Dice Moisset de Espanés, por último, que por eso también la categoría de las "obligaciones de valor" fue ensanchando paulatinamente su base, e incorporando a su "nómina" numerosos casos que en un primer momento habían recibido el trato de obligaciones dinerarias.

Para el profesor argentino Jorge Joaquín Llambías[6], son obligaciones de dinero las que desde su origen tienen por objeto la entrega de una suma de dinero. El dinero es la moneda autorizada por el Estado; y añade que las obligaciones de dinero tienen enorme importancia, siendo de aplicación cotidiana en la vida de las personas los contratos de compraventa; locación de cosas, de servicios o de obra; mutuo o préstamo de consumo; renta vitalicia etc., los mismos que engendran obligaciones de esta clase; en tanto que en el ámbito mercantil, las deudas de dinero son frecuentes a través de operaciones de cambio en base a letras, pagarés, etc., nutriéndose todo el comercio con las obligaciones pecuniarias.

Agrega Llambías que, por otra parte, el objeto de estas obligaciones es el dinero, que si bien no satisface por sí mismo necesidad humana alguna, tiene, indirectamente, la virtud de satisfacer cualquier necesidad posible; pues con el dinero se adquieren los bienes aptos para satisfacer las necesidades humanas, y consiguientemente el poseedor del dinero descansa en la creencia general que mueve a cada uno a recibirlo con gusto por su valor, cierto de que los demás lo recibirán por el mismo valor. Este acuerdo general supone la intervención del Estado en la elección de la substancia de que debe ser hecha la moneda, explicando todo ello la importancia que tienen las obligaciones de dinero.

Para Llambías no son obligaciones de valor, sino deudas de dinero, las relativas a seguros o rentas vitalicias, a indemnizaciones tarifadas legalmente, a la restitución de pagos indebidos satisfechos en dinero y al precio en la compraventa.

---

(6) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo II - A, Páginas 169 y siguientes.

Estas obligaciones son tratadas por Enneccerus, Kipp y Wolff[7], cuando sostienen que el que promete una cantidad de tantos o cuantos marcos o coronas, no promete pagar precisamente en piezas de marco, en piezas de corona, sino que sólo quiere deber y debe el valor de la cantidad prometida, teniendo que pagar este valor, como es natural, en dinero.

Como expresa el Doctor Jorge Eugenio Castañeda[8], las prestaciones pecuniarias, de dinero, son las más importantes, a tal punto que todas las otras prestaciones pueden ser sustituidas por las de capital.

Recuerda que Carvalho de Mendonça advierte que el papel moneda de curso forzoso, no es económicamente una moneda, sino una deuda del Estado, que él emite y garantiza; y que sólo las monedas de oro y de plata tienen en esos metales el valor que representan.

Por la tesis nominalista -agrega Castañeda-, no es la especie lo que se debe, sino la cantidad, la suma, sin tener en cuenta el valor de cambio. Las obligaciones de capital se aprecian cuantitativa y no cualitativamente; puntualiza que para esta doctrina, toda deuda de dinero deberá ser pagada en la moneda de curso, ya que los llamados papeles de crédito (letras, vales, pagarés, cheques), carecen de fuerza liberatoria y no puede imponerse al acreedor que los reciba; se necesita que el acreedor convenga en recibirlos y ni aun así el deudor se encontrará liberado, a menos que concurra declaración expresa del acreedor en tal sentido.

Refiere Castañeda que se dice de la moneda corriente que es la que tiene curso legal o forzoso, cuyo valor es nominal o extrínseco y ha sido atribuido por las leyes del Estado que la emite o acuña. Es el valor intrínseco el valor real, es el valor que tiene la moneda en el metal de que está hecha, sin que venga a ser el

(7) ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. Op. cit., Tomo II, Volumen I, Página 36.
(8) CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Op. cit., Tomo III, Páginas 15 y siguientes.

valor intrínseco sino el valor que tiene cada pieza de metal, valor obtenido al vender la moneda como mercancía; y ese valor no existe en la moneda de papel y casi no existe en la moneda fraccionaria, desde que el valor del metal con que estas piezas se fabrican es mucho menor que el valor legal que tienen como moneda.

De este modo -enseña Castañeda-, el nominalismo no tiene en cuenta el valor intrínseco de la moneda, sino el valor que la ley le atribuye a ésta. El deudor debe tan sólo las unidades de moneda que la obligación fija, cualesquiera que hubiere sido la oscilación de la moneda en su valor real dentro del mercado y como instrumento de pago.

Para Moisset de Espanés, Pizarro y Vallespinos[9], el nominalismo es un principio que ha tenido vigencia casi universal y se le puede sintetizar diciendo que una unidad monetaria es siempre igual a sí misma. El dinero emitido por el Estado tiene el valor que éste le fija, con total prescindencia de su aptitud adquisitiva y, en consecuencia, el deudor de una suma de dinero cumplirá entregando al acreedor una cantidad igual a la prometida, cualesquiera sean las fluctuaciones que haya sufrido el poder adquisitivo de la moneda; creándose por una ficción legal, identidad del valor de las unidades monetarias en épocas diferentes.

Precisan los profesores citados que esta teoría se funda en la premisa de que los valores nominal y real siempre coinciden, y cuando esa ficción choca con la realidad económica no puede servir de base a soluciones justas.

Recuerdan que suele decirse que el nominalismo, puesto a elegir entre los valores "seguridad" y "justicia", se inclina por el primero. Los citados profesores consideran incorrecto establecer una contraposición entre seguridad y justicia, puesto que la justi-

(9) MOISSET DE ESPANES, Luis, PIZARRO, Ramón Daniel y VALLESPINOS, Carlos Gustavo. Inflación y Actualización Monetaria, Páginas 40 y siguientes. Editorial Universitaria, Buenos Aires, 1981.

cia es un valor fundante, mientras que la seguridad es un valor fundado. Aquél es un **prius**, éste un **secundus**; rango preferente y rango secundario, respectivamente, razón por la cual entre uno y otro valor debe darse prioridad -sin vacilaciones- a la justicia. Agregan que la "seguridad" que brinda el "nominalismo" es sólo aparente, puesto que lo único seguro es el "número" de moneda que se va a recibir, pero en épocas de inestabilidad económica esa suma puede representar valores muy cambiantes, lo que significará un sacrificio económico completamente distinto del que realmente las partes pretendían efectuar o recibir. Y, en consecuencia, el valor de las prestaciones se torna completamente inseguro para las partes, por lo que se suele ver en épocas de deflación que el nominalismo impone al deudor cargas gravísimas, lo que suele exigir la intervención del legislador, y la adopción de moratorias, la revisión de los contratos y otras medidas que alivien las deudas; mientras que en épocas de inflación el acreedor jamás estará seguro de si la suma que se le ha de entregar compensará los sacrificios económicos que ha efectuado como contraprestación.

Expresan los autores citados que la inflación, uno de los males más graves de este siglo, carcome paulatinamente la base económica de los Estados, inclusive de aquellos a los que podemos denominar desarrollados, trayendo aparejadas consecuencias injustas. Y la moneda, cuya función principal es la de ser una medida de valor de bienes, deja de serlo: es un metro cada vez más corto y al que los particulares, al tiempo de contratar, miran con indisimulable y creciente desconfianza, preguntándose ¿Cómo podría un químico que debe efectuar un delicado pesaje de substancias para preparar una fórmula, emplear medidas de peso que continuamente están variando?: ¡El resultado sería un brebaje diabólico, que podría envenenar al mismo que lo prepara!

En tal orden de ideas, Moisset de Espanés, Pizarro y Vallespinos, se preguntan si las monedas que se recibirán mañana como pago de la prestación que hoy se realiza, guardarán relación con ésta, pues la inflación destruye totalmente los fundamentos del nominalismo, que en dichas circunstancias se aparta

no sólo del postulado de justicia, sino también de aquel otro al que se pretendía elevar a primer plano: la seguridad.

Según el profesor Enrique Carlos Banchio[10], de las diversas clases de valor que se predican del dinero -valor intrínseco, valor nominal y valor de cambio-, la teoría nominalista, aceptada por la casi totalidad de las legislaciones contemporáneas, refiere en definitiva el valor del dinero, a los fines del tráfico jurídico, a la cifra numeral inscripta en el respectivo signo, moneda o billete, es decir al valor nominal que le atribuye el Estado, sea cual fuere el valor real o poder adquisitivo de dicho signo.

Refiere Banchio que esta concepción monetaria disociada del valor intrínseco o metálico ha sido reconocida a través de los siglos con el nombre de nominalismo, término que en la filosofía escolástica era empleado como antitético de realismo, aunque su aplicación en el orden monetario no resulte del todo apropiada, por cuanto la referencia al **nomen** de la moneda no es precisamente la idea contenida en su concepto; razón por la cual se propone con mayor exactitud la designación de numeralidad, toda vez que lo esencial en el signo monetario es su relación numérica con la unidad, idea que sirve para el cálculo; y más que a la idea de valor se refiere esta teoría a la de la igualdad matemática y nominal, expresada en la tan conocida fórmula: una unidad de moneda nacional = una unidad de moneda nacional.

Anota Banchio que la trascendencia práctica del principio nominalista, al proyectarse sobre las obligaciones dinerarias, da como inexorable resultado que siempre ha de satisfacerse la hecha, con prescindencia de cualquier variación del contenido metálico o del poder adquisitivo de la moneda que se hubiere producido entre la época de la constitución y la del cumplimiento de la obligación, por lo que se ha dicho que todo el curso de la vida de la obligación queda inserto en el principio nominalista y que la cantidad, numeralidad, enunciada en la deuda, expresa de un

(10) BANCHIO, Enrique Carlos. Obligaciones de Valor, Páginas 64 y siguientes. Lerner, Buenos Aires, 1975.

modo inmutable el contenido de su prestación. En consecuencia, la obligación dineraria podrá ser cumplida con la entrega de signos monetarios desprovistos de valor intrínseco, con el solo requisito de que tengan poder cancelatorio y sean dados en igual cantidad que la debida.

Señala el citado profesor, que conforme a las necesidades e imperativos de cada época, se han esgrimido distintos fundamentos de esta doctrina, que a la postre responden a otras tantas concepciones sobre el valor nominal o abstracto del dinero.

En tal orden de ideas, el principio nominalista proclama que el único fundamento del valor de la moneda es el que emana de la ley. Es el poder público, que en ejercicio de su soberanía asigna a su arbitrio el valor del dinero, acuñando su sello en cada pieza, sea ella metálica o meramente representativa como el papel moneda.

Recuerda Banchio que el origen de este principio debe buscarse en Francia, reconociéndose en Pothier a su más insigne expositor, a quien no escapaba que sus propias enseñanzas podían dar lugar a soluciones no siempre acordes con el ideal de justicia. Agrega que el espíritu de equidad y la solidez de las concepciones jurídicas de este autor -se ha dicho- no alcanzaban a vencer el clásico y reverencial respeto que profesaba por la voluntad del soberano, pues sostenía que el nominalismo era "**l'usage constant dans notre jurisprudence**" (el uso constante en nuestra jurisprudencia), basado en la regla de que en la moneda no se tiene en cuenta el peso, sino únicamente el valor que el príncipe le asigna, toda vez que su cuerpo no es más que un signo.

Concordamos con Banchio cuando anota que, por su carácter eminentemente territorial, el principio nominalista tiene exclusiva vigencia dentro de la jurisdicción del Estado que lo sanciona, a punto tal que con razón se afirma que el dinero sigue siendo en la actualidad una de las manifestaciones más concretas de los nacionalismos.

Refiere Banchio que esta tesis, al consagrar la igualdad nominal, mantiene insensible la obligación dineraria con respecto a las fluctuaciones de los valores extranominales de la moneda. Su fin es impedir la proyección de la inestabilidad económica que pudiere sobrevenir entre el momento del nacimiento de la obligación dineraria y el de su cumplimiento, quedando ella aislada y sujeta al estricto criterio nominal en su más pura expresión numérica.

A entender del citado profesor, si bien el nominalismo atiende preferentemente al postulado de la seguridad, velando por la certeza en el cumplimiento de las obligaciones dinerarias, es de observar, como señala con acierto Hernández Gil, que sólo el designio de superponer los intereses generales y las razones de orden público a las exigencias de la justicia individualmente dispensada, puede constituir la justificación del nominalismo; se expresa -en igual sentido- Pacchioni, quien afirma que el debate entre nominalistas y valoristas pone en evidencia una cuestión de orden político y sociológico sintetizada en el enfrentamiento de los conceptos de Estado y Sociedad. La tesis nominalista hace prevalecer la voluntad del Estado sobre la estimación valorativa de la sociedad, justificando esa posición en la necesidad de someter el régimen económico a los fines superiores de orden político; y, en cambio, los sostenedores de la teoría valorista argumentan que no debe desconocerse la voluntad de los particulares, cuando de acuerdo con la intención de las partes la deuda de dinero lo es de valor.

Para el profesor colombiano Luis Fernando Uribe Restrepo[11], la teoría estatal de la moneda, esbozada por Knapp a principios del siglo XX, constituye el fundamento de la doctrina nominalista. Según Hirschberg, citado por Uribe Restrepo, la teoría de Knapp descansa sobre dos pilares: (1) La unidad básica de valor es fijada arbitrariamente por el Estado; y (2) Los medios de pago para el cumplimiento de las obligaciones son "cartalísticos" y

(11) URIBE RESTREPO, Luis Fernando. Las Obligaciones Pecuniarias Frente a la Inflación, Páginas 27 y siguientes. Editorial Temis, Bogotá, 1984.

su valor está determinado por las leyes que prescriben su uso. Son las normas legales el factor determinante de la moneda, y no el material que lo conforma.

Siempre siguiendo la cita de Uribe Restrepo, dice Hirschberg que: "En el campo del Derecho privado, la teoría de Knapp sirvió como argumento de peso en favor del principio nominalista. Si la moneda tiene un origen estatal, el Estado tiene derecho a fijar su valor sobre una base nominalista." Y, como dice Juan C. Restrepo, refiriéndose a esta teoría: "Jurídicamente se basa, en gran parte, en el hecho de que es el Estado quien reviste a la moneda de curso legal, vale decir, de aceptación obligatoria para cancelar créditos y débitos."

A decir de Uribe Restrepo, Hirschberg hace las siguientes críticas a la teoría de Knapp:

(1) La tesis de Knapp no toma en cuenta el crédito bancario, que en los países desarrollados es el principal medio de pago, frente al cual la moneda es meramente secundaria. Los Bancos crean medios de pago, no en virtud de disposiciones legales, sino como fundamento de su función, y señala que en ciertas condiciones la actividad económica continúa aun sin moneda, la cual es sustituida por los medios de pago bancarios. Pero el Estado, por medio de mecanismos como el encaje, controla su creación.

También argumenta Hirschberg que en situaciones excepcionales pueden circular en un país medios de pago que no han sido creados por el Estado; es el caso del dinero emitido por los Estados rebeldes del sur, en la guerra de secesión de los Estados Unidos. Igual cosa sucedió con el dólar estadounidense, que circuló en países de Europa Oriental y en Alemania después de la Primera Guerra Mundial. También el de la moneda de emergencia creada por las municipalidades alemanas después de la guerra.

(2) La teoría de Knapp no tiene en cuenta la segunda función esencial del dinero, que es la de servir como medida de valor. Cada bien y cada servicio tienen un precio determinado por la interacción de los factores económicos y sociales. Así, la moneda nacional no se convierte en un patrón de valor en virtud de los dictados de la ley, sino debido a fuerzas sociales incontroladas e incontrolables. La moneda nacional, creada por el Estado, servirá como medida o patrón de valor, en cuanto éste sea estable. Cuando su valor se deprecie, otros patrones de valor son usados: oro, otras monedas como el dólar, índices, y aun productos.

Señala Uribe Restrepo que Mann observa lo siguiente, en relación al principio nominalista: "El principio nominalista, junto con el punto de vista de que la moneda es una creación de la ley, lo cual envuelve el rechazo de las teorías metalistas, forma parte de la teoría estatal de la moneda revivida por Knapp. Pero el principio nominalista, aunque recibió fuerzas nuevas con las investigaciones teóricas de Knapp, se remonta a tiempos más antiguos; en efecto, a través de la historia económica de la humanidad hay evidencia sobre las continuas variaciones en el valor de la moneda y especialmente de sus depreciaciones. No es por lo tanto sorprendente encontrar que el principio nominalista es casi tan antiguo como el problema del valor de la moneda"; afirma el mismo Mann, que los orígenes del principio nominalista se remotan a Aristóteles.

A decir del profesor Uribe Restrepo, el término "nominalismo" tiene dos acepciones diferentes. La primera como teoría sobre la naturaleza del dinero, que rechaza la teoría metalista y desarrolla la estatal. La segunda, que es la que le interesa, mira al nominalismo como un principio de Derecho privado y como una teoría acerca de la extensión de las obligaciones dinerarias.

Agrega que las bases de la teoría nominalista son dos: la primera es el concepto de unidad monetaria como concepto abstracto básico de todo sistema monetario. La segunda se refiere a la existencia de medios de pago concretos, tales como el papel moneda y las monedas metálicas.

Refiere que en tal sentido el nominalismo, como principio del

Derecho de las Obligaciones, puede definirse así: "una unidad monetaria es siempre igual a sí misma; una libra es siempre igual a una libra; un dólar es siempre igual a un dólar, etc."; y no se tiene en cuenta ningún cambio externo en el valor de la moneda, principalmente su cotización en relación con otras monedas, ni las modificaciones que su valor sufra en el ámbito interno, siendo tal la definición clásica formulada por Hirschberg. Pero Uribe Restrepo disiente de lo expresado como definición propia del principio nominalista, ya que considera que éste se refiere más bien a que el deudor se libera entregando a su acreedor la suma numérica de signos monetarios inicialmente pactada, consecuencia jurídica que se deriva del principio o ficción anterior descrito por Hirschberg, en el sentido de la identidad de valor de las unidades monetarias en épocas diferentes.

En otras palabras -según el profesor colombiano-, la validez del pago hecho mediante la entrega de la suma numérica pactada o debida inicialmente, descansa en una ficción legal, consistente en que el valor de la suma no ha cambiado en el lapso transcurrido entre el momento del nacimiento de la obligación y el momento de su solución.

Uribe Restrepo considera interesante recoger la siguiente nota de Ripert, sobre la vigencia del nominalismo y su relación con el orden público: "La reglamentación de la moneda ha sido siempre una regalía. El Estado fija mediante una ley el instrumento de los cambios. Impone la fuerza liberatoria de la moneda legal. En un texto, que se ha hecho célebre en las épocas de depreciación monetaria, el Código civil ha decidido que la obligación que resulta de un préstamo en dinero es siempre la de la suma enunciada en el contrato. Es esta una regla jurídica que se extiende a todas las obligaciones, cualquiera que sea su origen."

Considera Uribe Restrepo que esta regla es justa y práctica en los contratos de larga duración, pero sólo en el caso de no variar sensiblemente el valor de la moneda de valor estable, lo que ha ocurrido durante largo tiempo, cuando se consideraba a la moneda como una verdadera mercancía con valor de cambio propio; situación que se trastorna cuando la moneda es de papel y tiene

un simple valor fiduciario, es decir, un valor que, en los límites territoriales de aplicación de la ley, está fijado por el Estado. Este impone el empleo de la moneda y su fuerza liberatoria, pero la acción de los intereses se produce en la fijación de precios y su alza revela la depreciación monetaria; siendo lógico que el Estado, al influir sobre la moneda, quiera igualmente ejercer su acción sobre los precios[12].

---

(12) En tal orden de ideas, Uribe Restrepo señala que el criterio valorista sostiene que la extensión de la obligación dineraria está determinada por el poder adquisitivo de las unidades monetarias; y agrega que el valorismo se aparta del metalismo, en tanto no toma en cuenta el respaldo metálico de la moneda, sino la función de ésta, o sea la de servir como poder adquisitivo, asemejándose valorismo y metalismo en que ninguno de los dos considera que las obligaciones dinerarias tengan por objeto sumas nominales de dinero.
Dentro de los antecedentes históricos del valorismo, refiere Uribe Restrepo que en el siglo XIX Savigny expuso su teoría del dinero como poder adquisitivo abstracto, teoría que no tuvo en el momento mucha influencia, por dos motivos: en primer lugar, no existían los mecanismos técnicos para determinar el poder adquisitivo del dinero; y, en segundo lugar, la época se caracterizó por una estabilidad monetaria.
Refiere Uribe Restrepo que el valorismo cobra vigencia doctrinal en el presente siglo, ante la caída del metalismo y debido al desarrollo de la ciencia económica y la aparición de fenómenos inflacionarios agudos como el alemán; anota que, sin embargo, el valorismo sigue siendo una opinión minoritaria, pues la mayoría de los especialistas en Derecho Monetario, como Mann y Nussbaum, prefiere la tesis nominalista.
Señala Uribe Restrepo que el valorismo hace énfasis en la función de la moneda, más que en su naturaleza, dándole tanto énfasis a la función, que desvirtúa por completo la naturaleza de la moneda. El dinero da derecho a su propietario a un poder adquisitivo abstracto. Le da la posibilidad de adquirir los componentes de la riqueza nacional que desea y que son intercambiables por dinero.
En tal sentido Hirschberg, citado por Uribe Restrepo, comentando la tesis valorista dice que cuando la contraparte se obliga a pagar una suma de dinero, no está interesada en el formal cumplimiento de la obligación del contratante (en la suma de dinero debida), sino en el cumplimiento sustancial de ella, especialmente en la obtención del valor económico del dinero.
Tocando la relación existente entre valorismo y revaluación, Uribe Restrepo anota que se aproximan en el hecho de que ambos se apartan de la solución nominalista y hacen radicar el valor del dinero

La teoría valorista, por su parte, determina que el deudor se libere mediante el pago de un número de unidades con un poder

---

en su poder adquisitivo; pero mientras que la revaluación es una medida de carácter excepcional y transitoria -casi de orden público económico-, que busca aliviar las consecuencias de la ineficiencia del nominalismo en un momento dado, el valorismo pretende formular una teoría coherente sobre la extensión de las obligaciones de dinero, ofreciendo una alternativa teórica frente al nominalismo, que se aplique tanto en condiciones normales como extraordinarias.

En tal sentido opina Uribe Restrepo que en la revaluación, consecuencia de una pérdida drástica en el poder adquisitivo de la moneda, no es justo aceptar que el deudor se libere entregando simplemente la suma nominal pactada. El valorismo, en cambio, sostiene que la entrega de una suma nominal no es suficiente para considerar solucionada o pagada la obligación.

Por otra parte, dice el citado profesor que la revaluación busca restablecer el equilibrio entre las partes, mirando hacia el pasado; en tanto que el valorismo mira hacia el futuro, en el sentido de que procura medir la extensión de la obligación dineraria en razón de su poder adquisitivo.

Añade Uribe Restrepo que al analizar la solución valorista nos topamos con una primera dificultad: ella, a diferencia de la solución ofrecida por el nominalismo y por el metalismo, no enfoca con tanta simpleza el problema de la extensión de las obligaciones de dinero; y consiste en cómo se mide el poder adquisitivo de las unidades monetarias, vale decir, cómo puede determinarse con certeza cuál fue la intención que las partes abrigaban al contratar. Por otro lado -agrega-, los cambios en el poder adquisitivo de una moneda no son uniformes en ninguna época; variarán de acuerdo con la clase de bien o servicio que desee adquirirse, y cabría preguntarse si puede el Derecho llegar a diseñar una solución que recoja sistemáticamente toda esta serie de situaciones que presenta la vida económica.

Expresa el profesor colombiano que la evidencia de estas dificultades en la aplicación del principio valorista condujo a Mann a sostener que los cambios en el valor del dinero no deben ser tenidos en cuenta, salvo circunstancias excepcionales. El valorismo alteraría el poder cancelatorio establecido en la ley; y a este respecto, anota el autor argentino Santos Cifuentes, citado por Zannoni, que un reajuste generalizado de las obligaciones pecuniarias "alteraría el poder cancelatorio establecido en la ley y pondría en tela de juicio la función que cumple la moneda en el sistema dado. En otras palabras, la moneda o papel moneda de curso legal y forzoso perdería estas condiciones, y dejaría de ser el instrumento que nuestra organización jurídica monetaria ha establecido. Se convertiría en una inesta-

adquisitivo equivalente al de aquel que se convino originalmente; es decir, que se mantiene el monto de la deuda en valores constantes.

El profesor argentino Luis Moisset de Espanés[13], en carta al profesor Fernando Fueyo Laneri, enseña que, aunque con frecuencia se ha dicho que la inflación es un fenómeno de nuestro siglo, por la agudeza con que se ha presentado, y su difusión casi universal, un análisis retrospectivo del problema nos permitirá observar que desde que hay moneda, la desvalorización del signo monetario ha sido casi una constante. Siempre que se elegía una cosa como "símbolo" de valor económico, una reacción psicológica muy difundida, casi podríamos decir propia de la naturaleza del

---

ble moneda judiciaria, imprevisible en su cuantificación numeraria y sin la cualidad de medida de valores que, bien o mal, debe cumplir."

El valorismo, dice Zannoni, desvirtúa la función tradicional de la moneda, cual es la de servir de común denominador de valores y la de constituir una unidad de cuenta sobre la que discurre toda actividad económica. "El valorismo, en este sentido, ataca de muerte la significación jurídica y económica de la moneda y, colocándola en el lugar de una mercancía más, deriva la economía monetaria a una economía de trueque."

Agrega Uribe Restrepo que se han dado intentos de solución a los problemas anteriormente planteados. Algunos, por ejemplo, han pretendido crear una moneda abstracta, que se mantendría ajena a las fluctuaciones de valor de la moneda corriente, y cuya función sería la de servir como medida de valor en los litigios que se presentaran entre partes que hubiesen contratado con base en dicha moneda, y no la de servir como medio de cambio. El "marco banquo" de Hamburgo constituye una aplicación de dicha solución teórica. Esta medida fue utilizada por el Banco Giro, y sirvió para medir los depósitos efectuados en plata por los clientes del Banco, a razón de un marco banquo por 8,43 gramos de plata. El Banco, a su vez, otorgaba crédito en términos de marco banquo.

Otro caso de utilización de una medida abstracta lo constituye la revaluación alemana, la cual utilizó como patrón de valor referencial el marco oro, a pesar de que éste se hallaba ya fuera de circulación. Su valor fue fijado en términos de la relación que, en tiempo de su vigencia, había tenido frente al dólar y al marco depreciado. En general -dice el profesor colombiano- los intentos descritos tienen el defecto de retornar a los patrones metálicos.

(13) MOISSET DE ESPANES, Luis. Op. cit., Páginas 37 y siguientes.

ser humano, impulsaba a numerosos individuos a buscar la forma de "producir" o conseguir esas cosas, para aumentar su riqueza personal, acumulando en sus manos valores de cambio. Si se trataba de ganados, "**pecus**", se procuraba multiplicar los rebaños; si eran objetos raros, o metales preciosos, descubrir yacimientos o minas; y el incremento de la moneda (hoy se diría "circulante"), traía como consecuencia su depreciación, sólo detenida por una epidemia (en el caso de los ganados), o el agotamiento de los filones, mientras no se encontraban nuevos yacimientos.

Como ejemplo, Moisset de Espanés cita un par de episodios. Atenas, con sus minas de plata del Laurion, acuña sus famosas "lechuzas", sellando las monedas con la efigie del animal que representaba a su diosa protectora, Palas Atenea... Este tesoro le permite armar la flota que detendrá a los persas en Salamina, y hacer florecer artes y ciencias en el famoso Siglo de Oro, o siglo de Pericles; pero de manera paralela se vive una inflación permanente, que no fue más aguda por la difusión que tuvo el uso de la moneda ateniense en toda la cuenca del Mediterráneo, lo que -al aumentar la demanda-, compensaba en parte el incremento de la oferta.

El otro episodio que recuerda se vincula con nuestra América, y la influencia que ella tuvo en la vida de la moneda. Los tesoros de oro y plata que se consiguen en el Nuevo Mundo se vuelcan sobre Europa, y se dilapidan en guerras como la de Flandes, provocando una desvalorización constante de las monedas europeas y, en especial, del dinero español, aspectos que -a decir de Moisset de Espanés-, Jaime Luis y Navas ha estudiado con versación en una serie de artículos publicados en revistas especializadas.

En lo referente al nombre de la institución (el valorismo), señala Banchio[14] que cada una de las instituciones del Derecho requiere una designación propia que denote con la mayor exactitud posible la naturaleza específica del fenómeno que pretende referir

(14) BANCHIO, Enrique Carlos. Op. cit., Páginas 95 y 96.

y que haga posible su individualidad en la esfera de las disciplinas jurídicas; y con relación al tema en estudio, no existe uniformidad en cuanto a su designación, si bien los distintos nombres que se emplean refieren indiscutiblemente los mismos conceptos. Agrega que a pesar de que la literatura doctrinaria y jurisprudencial ha utilizado con mayor frecuencia la nomenclatura de deuda de valor, él prefiere, en cambio, la designación de obligaciones de valor, entendiendo que con ella se hace referencia a la relación jurídica obligacional completa, incluyendo -por tanto- a los dos polos opuestos que la integran: el crédito, por un lado, y la deuda, de otro.

Refiere Banchio que con el objeto de fijar una exacta delimitación en la aplicación del principio nominalista, la doctrina ha elaborado la distinción conceptual entre deuda de dinero y deuda de valor. Con arreglo a esta teoría, la regla del valor nominal sólo regula el cumplimiento de las obligaciones de la primera especie, quedando -en consecuencia- excluidas de su vigencia los supuestos comprendidos en la otra categoría; lo que equivale a decir que la deuda de dinero acota la zona regida por el nominalismo; en tanto la deuda de valor acota la zona sustraída al imperio de este principio.

Señala el citado profesor que la obligación será de valor, cuando su prestación no esté integrada por dinero, tomado éste en su función de tal, aunque su cumplimiento exija, a la postre, el pago en dinero de aquello que es debido. No se debe dinero, se debe un valor. Apunta Banchio que esto -como afirma Hernández Gil-, por un lado, nos aleja del dinero: se debe un valor, no dinero; pero, por el otro, nos acerca al dinero, pues el valor entraña un punto de vista desde y sobre el dinero; precisa luego que la mera circunstancia de no deberse dinero no es suficiente para definir el concepto de la deuda de valor, ya que si se tratara, por ejemplo, de una obligación de dar una cosa cierta, la prestación no sería de dinero, pero tampoco sería de valor, aunque resultaría susceptible de convertirse en ella, si el acreedor debiera recurrir a la ejecución por vía de indemnización.

Precisa Banchio que el objeto de la prestación -entonces-,

no está integrado por una determinada suma de dinero, sino por un valor que necesariamente tendrá que ser expresado en una cantidad de numerario; siendo el dinero sólo el medio al cual debe recurrirse para hacer posible la satisfacción de la utilidad o beneficio comprometido por el deudor y que se traduce en numerario a través de una liquidación, sin que la moneda en sí misma constituya o integre el objeto de la prestación debida. Y añade que a diferencia de lo que acontece en las obligaciones de numerario, donde el dinero que constituye su objeto debe ser entregado en pago sin necesidad de liquidación alguna, en las obligaciones de valor, su cumplimiento sólo es posible a través de una previa estimación pecuniaria de dicho valor, cuyo monto definitivo debe adecuarse al poder adquisitivo que la moneda tenga al momento de la extinción, desempeñando el dinero, en este caso, una simple función valorativa en virtud de la cual se determina el **quantum** de la utilidad que deberá satisfacer el deudor.

Como ejemplo más significativo de cada clase de estas obligaciones, Banchio recuerda al crédito proveniente de un préstamo de dinero: obligación pecuniaria; y al crédito que corresponde al ejercicio de una acción de resarcimiento, obligación de valor.

También recuerda el citado profesor que la formulación del distingo entre obligaciones dinerarias y obligaciones de valor ha sido preconizado por la doctrina y la jurisprudencia de Alemania e Italia, habiendo alcanzado la teoría que nos ocupa, en este último país, un extraordinario desarrollo logrado a través de importantes estudios de sus más insignes expositores.

Agrega Banchio que en opinión de algunos autores, pertenecerían también a la categoría de obligaciones de valor, aquellas deudas pecuniarias en las que, por imperio de la voluntad de las partes expresada en previsiones contractuales, se hubiera excluido el valor nominal del dinero como medio de determinar el importe de lo debido; posición que hace concluir a sus sostenedores que lo real y totalmente excluido del concepto de las obligaciones de valor, no es tanto el dinero, cuanto el valor nominal del mismo.

En opinión de Banchio, las obligaciones de valor pertenecen

a una categoría jurídica sustancialmente distinta de la integrada por aquellas obligaciones dinerarias, en las que, mediante previsiones contractuales destinadas a contrarrestar las consecuencias de la aplicación del principio nominalista, las partes contratantes no han querido subordinar el contenido económico de la prestación a un importe nominal fijo. Radica la diferencia estructural, según dicho autor, en que las obligaciones de valor, por la naturaleza misma de la prestación comprometida, no se encuentran sometidas a la regla nominalista, por cuanto falta siempre en ellas una referencia inicial a una cantidad de dinero; en tanto que en las obligaciones pecuniarias con cláusulas de estabilización, la prestación siempre contiene y hace referencia a una cantidad de dinero, aunque las partes expresamente la hayan liberado del rigor nominal.

Para Jorge Joaquín Llambías[15] la deuda de valor se refiere a un valor abstracto, constituido por bienes que solventarán la deuda entregando dinero, y el deudor solventará la deuda entregando dinero, que es el común denominador de todos los bienes; pero como él no era un deudor de dinero, sino del valor correspondiente a los bienes en cuestión, hasta tanto sobrevenga el acuerdo de las partes, o la sentencia judicial que liquide la deuda y determine cuál es la cantidad de dinero que deberá aquél satisfacer al acreedor, su obligación será una deuda de valor, que sólo pasará a ser una deuda de dinero luego de practicada esa determinación.

Anota Llambías que la distinción expresada es fundamental y constituye un arbitrio para mantener la paridad de las prestaciones recíprocas, salvando la justicia conmutativa, en tiempos de intensa inflación monetaria, pues la deuda de dinero es insensible a las oscilaciones del poder adquisitivo de la moneda, debiendo satisfacerse con la misma cantidad de ella fijada originariamente, salvo previsión contractual en contrario. En tanto que la deuda de valor, por el contrario, toma en cuenta tales variaciones, porque

(15) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo II - A, Páginas 170 y siguientes.

en ella el objeto debido es una utilidad a que el acreedor tiene derecho, la cual ha de medirse en los términos monetarios que correspondan al momento de la liquidación de la deuda; consiste, entonces, la cuestión en saber cuánto vale, en dinero, cierto bien del que ha sido privado el acreedor, estando ese valor dado por la comparación que se haga con la moneda nacional, al tiempo de la liquidación que se practique de la deuda, por contrato o por sentencia; y sólo después de efectuada y consentida esa liquidación queda cristalizado el objeto debido y resulta convertida la deuda de valor en deuda de dinero.

A decir de Llambías, en su país han sido consideradas como deudas de valor, las siguientes:

(a) Remuneraciones no fijadas cuantitativamente, por trabajos realizados por el acreedor;

(b) Indemnización de daños causados por incumplimiento contractual;

(c) Indemnización de daños causados por hechos ilícitos;

(d) Obligaciones provenientes del enriquecimiento sin causa, tales como indemnizaciones por mejoras;

(e) Indemnizaciones por expropiación;

(f) Deuda de medianería;

(g) Obligación por revocación de donación;

(h) Alimentos;

(i) Recompensas en la sociedad conyugal;

(j) Restitución de aportes sociales; y

(k) Obligación de colacionar.

Señalan Moisset de Espanés, Pizarro y Vallespinos[16], que el valorismo, según Hirschberg, "es una moderna corriente de opinión que sostiene que la extensión de las obligaciones dinerarias no está determinada por una suma nominal de unidades monetarias, sino por el valor de éstas."

Precisan los profesores citados que la doctrina del valor de cambio, a diferencia del nominalismo, enfatiza en forma muy especial el poder adquisitivo de la moneda.

Recuerdan que esta doctrina comenzó a desarrollarse en el siglo XIX, gracias al impulso de uno de los más grandes juristas de todas las épocas, Federico Carlos de Savigny, quien apartándose de las concepciones metalista y nominalista, consideró al dinero como poder adquisitivo abstracto, razón por la cual la moneda no tiene más valor que aquel que ella consigue imponer y que es la resultante del conjunto de factores económicos que trasuntan el estado del país correspondiente.

Así el valorismo adquirió jerarquía normativa en ciertas legislaciones, en épocas de graves crisis económicas, procurándose, de esta manera, poner coto a una serie de situaciones aberrantes que se suscitaban en plena post-guerra; sin embargo, su irrupción en el terreno legislativo tuvo carácter excepcional, pues una vez superado el problema que dio origen a los fenómenos hiperinflacionarios sufridos, merced a planificaciones celosamente cumplidas, se retornó al nominalismo antes imperante.

Señalan Moisset de Espanés, Pizarro y Vallespinos, que el fenómeno que relatan es muy distinto al que se ha presentado en los países de Latinoamérica, que han terminado consagrando total o parcialmente el sistema valorista. En ellos la inflación aparece como un mal crónico, difícilmente superable a corto o mediano plazo, y que debe ser contemplado en cuanto a sus proyecciones jurídicas se refiere; y el legislador no quiso permanecer al margen

(16) MOISSET DE ESPANES, Luis, PIZARRO, Ramón Daniel y VALLESPINOS, Carlos Gustavo. Op. cit., Páginas 47 y siguientes.

de la realidad y reguló normativamente las incidencias de la inflación en la vida económica.

A entender de los profesores citados, puede decirse, sin vacilaciones, que recién con las leyes de actualización dictadas en Brasil, Uruguay y Chile, el valorismo ha tenido acogida legislativa con proyecciones de permanencia y no como un régimen excepcional. Y a entender de ellos, la doctrina del valor de cambio armoniza mejor con la voluntad de las partes al tiempo de contratar, ya que las mismas, lejos de pretender una suma nominal, procuran adquirir un valor que represente cierto poder adquisitivo; pero recuerdan que, sin embargo, autorizadas voces se han levantado contra esta tesis, esgrimiendo distintos argumentos, dentro de los cuales destacan los siguientes:

(a) Suele decirse que el valorismo no sólo no ataca a la enfermedad, sino que además se convierte en "un factor autónomo agilizante del mal", toda vez que genera "inflación de arrastre" durante el tiempo que se mantengan las causas generadoras; a lo que Moisset de Espanés, Pizarro y Vallespinos explican que el valorismo no pretende atacar las causas de la inflación, sino que representa simplemente una forma de medir el envilecimiento del signo monetario y su incidencia en las prestaciones debidas; y es sólo eso y nada más que eso.

Además -sostienen los profesores citados-, las causas que genera la inflación pueden ser atacadas por distintos medios, tales como el incremento de la producción nacional y la disminución de la emisión incontrolada de dinero para cubrir el creciente gasto público con cualquiera de sus manifestaciones. No creen ellos que sea justo reprochar al valorismo el omitir dar soluciones a un problema que ha desvelado a ilustres economistas y del que sólo pretende enfocar algunas de sus consecuencias. No les parece razonable, tampoco, atribuir a la actualización por depreciación monetaria el efecto de ser un factor generador de nueva inflación, pues consideran que la inflación no surge sino en virtud de causas económicas, bien conocidas por todos, y solamente atacando en forma decidida las causas, podrá ser superada.

(b) Consagrar el valorismo judicial implicaría "institucionalizar" la inflación, aceptando dicho flagelo como mal endémico y no erradicable.

Moisset de Espanés, Pizarro y Vallespinos creen que tal crítica sólo puede provenir de un enfoque erróneo del problema, pues consideran que no es factible atribuir a la tesis valorista las culpas que mutuamente debemos asumir todos los ciudadanos de un país, por haber permitido que la inflación se convierta en lo que muchas veces es: un mal endémico (del cual el ejemplo más ilustrativo es sin duda el de la Argentina de los años setenta y ochenta).

En opinión de los profesores citados, el falso temor de admitir legislativamente el carácter crónico de este mal presente, no condice con la necesidad social y económica de velar por la protección amplia del derecho de propiedad consagrado constitucionalmente.

Ellos señalan, adicionalmente, que dentro de la teoría valorista se recurre a índices de reajuste automático, tales como escalas móviles referidas al índice del costo de vida o al incremento salarial; o a bienes que soportan victoriosamente la depreciación de la moneda, tales como el oro u otros metales; o a monedas extranjeras usualmente más sólidas que la estipulada; o a mercancías cuyo valor no envilece. Por eso se ha recurrido a las más variadas cláusulas para proteger al acreedor contra la eventual depreciación de la moneda.

La cláusula valor en oro -dicen- permite al deudor pagar en billetes emitidos por el Banco Central de Reserva, pero deberá el número necesario de billetes para comprar, en el día del pago, el oro que podría haberse adquirido el día en que la deuda se originó. La cláusula valor en moneda extranjera permite que el día en que se origina la obligación, se establezca el número de unidades de moneda extranjera dura -llámese franco suizo o marco ale-

mán- que puede adquirirse con la moneda nacional, como sean necesarias para adquirir el número original de moneda dura que se utilizó como patrón comparativo. La cláusula valor en mercaderías permite efectuar la misma operación que con una moneda extranjera dura, pero en productos. La cláusula de escala móvil, en fin, protege al deudor en función al índice del aumento del costo de vida o por referencias a los incrementos de remuneraciones.

Estas obligaciones también son analizadas por Enneccerus, Kipp y Wolff[17], al sostener que es posible que una deuda se refiera a una cierta cantidad de piezas de una determinada especie pecuniaria, de tal suerte que esta especie tenga carácter esencial. Pero, en tal caso, no se trata de una deuda pecuniaria, o sea de una deuda de valor, sino de una obligación genérica corriente; consideran que, en la duda, no cabe suponer esto y en la práctica es rarísimo. Si ya no existe la especie pecuniaria prometida, la prestación de semejante obligación genérica (en el sentido indicado) resulta imposible.

Agregan Enneccerus, Kipp y Wolff que si se ha estipulado que una deuda pecuniaria se pague en una determinada especie, como se hace con frecuencia añadiendo la palabra "efectivo", a la denominación de la especie pecuniaria, deberá interpretarse, sin embargo, únicamente como un convenio accesorio sobre el modo del pago, siempre y cuando no se haya manifestado patentemente que la voluntad de las partes tenía otro sentido. Así, pues, el objeto de la deuda es, a pesar de todo, el valor de la cantidad. Por tanto, si al tiempo del pago esa determinada especie monetaria no se halla ya en circulación (o sea si por ello ya no es representación del valor), no tendrá que prestarse ni aceptarse el pago en una especie monetaria, sino en dinero actualmente en curso, exactamente igual que si no se hubiera determinado la especie monetaria. Así lo dice expresamente el numeral 235 del Código Civil Alemán, pero aun sin esta disposición, resultaría lo mismo de la esencia de la deuda pecuniaria.

---

(17) ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. Op. cit., Tomo II, Volumen I, Página 37.

¿Pero cuál ha sido el tratamiento legal de esta materia en el Perú?

El Código Civil de 1852 se aparta, en su artículo 1817, de su modelo francés, y adopta la teoría valorista al disponer lo siguiente: "Cuando se prestó moneda de oro o plata con la obligación de que sería pagada en la misma especie y calidad, si ha sufrido alteración el valor que en el cambio tenían estas monedas, o no circulan, el mutuario está obligado a devolver, en moneda corriente, el mismo valor de aquellas al tiempo del mutuo." Cincuenta años después el Código de Comercio del Perú reiteró el principio valorista en su artículo 307, al establecer que "Consistiendo el préstamo en moneda legal o corriente, pagará el deudor devolviendo en moneda legal y corriente una cantidad igual a la recibida; salvo si se hubiere pactado la especie de moneda en que haya de hacerse el pago, en cuyo caso la alteración que experimentare su valor, será en daño o en beneficio del prestador."

Conviene observar, sin embargo, que la norma del Código Civil de 1852 se instaló en el Título sobre el contrato de mutuo, y que el artículo 307 del Código de Comercio se refiere al préstamo mercantil. Como no sólo en los contratos de mutuo o préstamo mercantil existe el desplazamiento diferido de sumas de dinero, cabía una duda de interpretación: o el legislador aplicaba privativamente esos preceptos a los contratos de mutuo y a los préstamos mercantiles, o ellos irradiaban a toda la legislación peruana.

Problema similar se suscitó al promulgarse el Código Civil de 1936. El legislador estableció en el Título del pago -artículo 1249- las normas relativas a las obligaciones en moneda extranjera, a las que luego nos referiremos. Pero insistió en consignar en el Título del mutuo -artículo 1581- reglas referentes al pago de sumas de dinero.

Tanto el texto como la ubicación del artículo 1581 citado, eran inadecuados[18].

(18) Esto llevó -a mediados de los años setenta- al Doctor Eduardo Olaechea Du Bois (OLAECHEA DU BOIS, Eduardo. Inflación y Derecho, Páginas 59 a 62. Lima, 1975.) a afirmar lo siguiente:
"En todo caso, el análisis comparativo de los textos pertinentes del Código derogado (se refiere al de 1852) y del vigente (de 1936) permite extraer una conclusión singular: ni la ley anterior tenía consecuencias totalmente valoristas, ni la ley actual es completamente nominalista.
En efecto, el artículo 1817 del Código anterior, no obstante su pronunciada inclinación valorista, en la práctica no tenía los resultados que generalmente se buscan al pactar la 'cláusula oro' o 'valor oro', porque establecía simplemente que si se prestó moneda de oro o plata con la obligación de que sería pagada en la misma especie y calidad, si sufría alteración el valor que en el cambio tenían estas monedas, el mutuatario estaba obligado a devolver en moneda corriente el mismo valor de aquéllas al tiempo del mutuo.
Según se sabe, el objeto de la cláusula oro, u otra semejante, es precaverse de las depreciaciones monetarias pactando la devolución, en moneda circulante, del valor actual, del oro o la especie pactada, esto es el día del pago (Schoo, Op. Cit.).
Paradójicamente, el Código Civil vigente (el de 1936) que adopta francamente el sistema nominalista en su artículo 1581, siguiendo a la Ley # 7526 sobre curso forzoso, permite la cláusula valorista 'moneda extranjera' en su artículo 1249, conforme al cual la deuda en moneda extranjera se paga en moneda nacional al tipo de cambio del día y lugar del pago.
Según hemos visto, esta regla obedece a las exigencias del comercio internacional que están fuera del control de las disposiciones de orden público de la ley nacional. Si este artículo se pronunciase en el sentido de que el tipo de cambio para el pago de deudas en moneda extranjera debe ser el del día en que se contrajo la obligación, hace mucho tiempo que estaríamos segregados del comercio internacional. Esta disposición es pues necesariamente de carácter valorista.
Recordemos además, que el Código vigente (de 1936) acepta la tesis valorista, en su artículo 1501, al permitir el pago de la merced conductiva en frutos ya cosechados o no en el predio arrendado.
Sería consecuencia natural de la adopción del sistema valorista determinar por ejemplo sus proyecciones en materia comercial, tratándose no solamente ya de los préstamos y otros contratos de similares consecuencias, sino de la capitalización de las empresas, la revaluación de los activos, la formulación de los balances y, desde luego, la consiguiente repercusión de todo ello en el ámbito

Si lo analizamos conjuntamente con el artículo 1584 del propio Código, consagraba en forma poco clara e imprecisa la tesis nominalista. En efecto, el artículo 1581 establecía que: "El pago de las deudas de dinero deberá hacerse en la especie pactada o, en su defecto, en la moneda que tenga curso legal". Y el artículo 1584 agregaba: "Es nulo el contrato de mutuo en que se supone

impositivo; puesto que como muy bien se ha señalado, fueron precisamente exigencias de orden fiscal, que por convenir a los intereses del Estado, determinaron la introducción disimulada de la teoría valorista en las modernas legislaciones tributarias.
La adopción del sistema valorista que postulo, ciertamente, no constituye la solución al problema de la depreciación monetaria. Unicamente tiende a mitigar sus consecuencias en la vida contractual. Sin embargo, el problema de la moneda sana no presenta dificultades teóricas insalvables y es posible renunciar a hacer inflación; pero '¿cómo renunciar a las nacionalizaciones; cómo renunciar a las grandes empresas administradas por el Estado; cómo renunciar, en suma, a las grandes obras públicas que perpetuarán la memoria de sus nobles inspiradores?.'
En el fondo la causa de todos los dramas de la inflación reside en que hay agentes económicos -públicos o privados- que consiguen gastar más de lo que tienen, es decir obteniendo un poder de compra que no ha sido adquirido previamente mediante una oferta de igual valor en el mercado (Rueff, Op. cit.).
Es muy importante que en nuestra época, en que tratan de implantarse nuevos regímenes económicos, se explique por medio de qué reglas pueden establecerse y mantenerse dichos sistemas y sepamos cuáles van a ser sus consecuencias en el terreno jurídico. Toda revolución social conlleva necesariamente una revolución jurídica, sin lo cual sería a lo más una simple perturbación de carácter político (G. Ripert, Aspectos Jurídicos del Capitalismo).
Montesquieu, a quien he citado al iniciar mi exposición, por boca de uno de los personajes de las 'Cartas Persas' dice: 'sólo me atrevería a tocar la ley con mano trémula'. Me consta que es muy fácil recusar mi pobre autoridad para proponer enmiendas al Código. Tarea de tal envergadura corresponde a la Comisión Revisora del Código Civil, pero estimo que cuando menos debería contemplarse con motivo de la reforma unificar las disposiciones que tratan del pago en moneda extranjera con las que se refieren al pago en moneda nacional, adecuándolas al sistema valorista del dinero más acorde que el nominalista con la realidad presente.
La caducidad de los preceptos de la ley positiva se manifiesta en el primer síntoma de bifurcación entre lo legal y lo justo. Los Códigos cristalizan los cambios espontáneos de la realidad social y económi-

percibida mayor cantidad de la verdaderamente entregada, cualesquiera que sean su cantidad y circunstancias."

La ubicación del artículo 1581 también ofrecía dificultades. En primer lugar, las obligaciones de dar sumas de dinero no son privativas del contrato de mutuo y, segundo, el lugar en el que se situó el precepto determinó que pudiera haberse interpretado que la ley peruana -basándose en la autonomía de la voluntad- permitía la adopción del principio valorista en todas las obligaciones de dar sumas de dinero, excepto en el contrato de mutuo.

Difícil tarea tuvo la Comisión encargada del Estudio y Revisión del Código Civil de 1936, que dio origen al Código actual de 1984, para dilucidar cuestión tan delicada. ¿Convenía -nos preguntábamos- volver al principio valorista del Código de 1852 o debía mantenerse el principio nominalista del Código Civil de 1936? ¿Era correcta la ubicación de los preceptos en el contrato de mutuo, o más bien ellos debían consignarse conjuntamente con las reglas sobre el pago?

---

ca. Cuando se promulgó el Código Civil de 1936, la adopción del sistema nominalista obedeció a situaciones específicas perfectamente determinadas entonces. El sistema valorista, entronizado casi un siglo antes, tuvo que inclinarse necesariamente ante los hechos. En la etapa de la post-guerra, y especialmente durante la Gran Depresión, los prestamistas agobiaron sin piedad a quienes imprudentemente contraían -o habían contraído- deudas valutarias. Las realizaciones del derecho interpretan el interés general como una tendencia dirigida hacia la justicia -antes como ahora- tanto en 1852 como en 1936, y en la fecha en que se promulgue un nuevo código o se dicte una nueva ley. Los conceptos de nominalismo y valorismo técnicamente serán siempre los mismos; lo que varía son los requerimientos del cuerpo social. Una nueva necesidad cancela la anterior.

La realidad económica actual en el Perú -en el mundo- es enteramente distinta a la que primaba en la década posterior a 1930. Son hoy los bancos, las instituciones financieras públicas y privadas, y hasta el propio Estado, los que tienen en su poder el dinero del público, es decir 'los grandes prestamistas' que se benefician con la depreciación monetaria. Los perjudicados son los económicamente débiles que ven constantemente recortados sus ahorros, sus ingresos o sus economías. Un imperativo de justicia clama por corregir esta situación."

Ante estas tesis contrapuestas -nominalismo y valorismo- debe reconocerse que la posición nominalista se inspira en el ideal de que la moneda nacional mantenga su valor incólume, ideal que se encuentra profundamente arraigado en la conciencia colectiva. Incluso, la Constitución del Estado de 1979 encomendaba expresamente al Banco Central de Reserva del Perú la defensa de la estabilidad monetaria. Este precepto ha sido reiterado por la Constitución de 1993, en el segundo párrafo del artículo 84 del Capítulo V, referido a la moneda y banca. Por otro lado, la posición nominalista recoge el principio de que las leyes monetarias son de orden público, que el valor de la moneda debe ser fijado por la ley y que su poder liberatorio, salvo autorización expresa de la propia ley, no debe estar sujeto a pactos entre particulares, pactos éstos que en definitiva pueden contribuir a deteriorar su valor.

Explicaba el Doctor Manuel Augusto Olaechea -autor del Proyecto del Libro Quinto del Código Civil de 1936- que la razón jurídica que sustenta la tesis nominalista radica en el hecho de que el Estado es el señor efectivo del tráfico monetario, que la moneda es una expresión estatal y que el derecho del Estado para regularla ha sido siempre indiscutible. Agregaba Olaechea que ningún gobierno declara por placer la desvalorización de la moneda, sino que ello ocurre por causa de calamidades de orden financiero. Razones de solidaridad -añadía- están por encima de todas las voluntades y determinan que tales devaluaciones deban soportarse y que nadie pueda sustraerse a ellas.

Por otra parte, se cuestiona la fórmula valorista alegando que la actualización de una deuda pecuniaria no siempre conduce a situaciones equitativas y que, ante las depreciaciones o devaluaciones de la moneda, son las clases necesitadas quienes más sufren. Se afirma, también, que no parece razonable, en este orden de ideas, adoptar fórmulas jurídicas que, como el sistema valorista, podrían abrir las puertas para que de modo irrestricto se haga recaer todo el peso de la depreciación o devaluación de la moneda en los más débiles. Finalmente, se dice que la adopción del sistema valorista podría conducir a extremos peligrosos, pues deudores inexpertos pueden quedar a merced de agiotistas

despiadados y que, por lo tanto, no resulta aconsejable consagrar una norma que reconozca permanencia perenne al problema inflacionario.

La tesis nominalista, sin embargo, adolece de serias imperfecciones. Puede aducirse válidamente, a favor de la teoría valorista, que el nominalismo se presenta indiferente ante el caos de los signos fiduciarios; que el legislador puede atribuir a su moneda un valor legal, pero que no puede, en ningún caso, otorgarle un valor económico por encima de la realidad; y que, en consecuencia, no es admisible obligar al acreedor a recibir monedas por el nombre que les da el Estado y no por su esencia.

Fue teniendo en consideración los aspectos positivos y negativos de ambas teorías que el Código Civil de 1984 optó, en su artículo 1234, por mantener el principio nominalista, al establecer que "El pago de una deuda contraída en moneda nacional no podrá exigirse en moneda distinta, ni en cantidad diferente al monto nominal originalmente pactado."

Sin embargo, a diferencia del Código anterior de 1936, admitió en el artículo 1235 la tesis valorista, al prescribir en su primer párrafo lo siguiente: "No obstante lo establecido en el artículo 1234, las partes pueden acordar que el monto de una deuda contraída en moneda nacional sea referido a índices de reajuste automático que fije el Banco Central de Reserva del Perú, a otras monedas o a mercancías, a fin de mantener dicho monto en valor constante."

Cabe recordar -por lo demás- que la consagración del valorismo como norma legislativa -con rango de ley- tenía gran importancia a principios de la década de los ochenta -precisamente cuando se estaba en la etapa final de elaboración de lo que más tarde sería el Código Civil de 1984-, ya que acababa de concluir un período muy difícil, lleno de restricciones a las operaciones con monedas extranjeras, que fue precisamente lo que ocurrió durante el último Gobierno militar, en especial en la denominada "Primera Fase" de Juan Velasco Alvarado (1968-1975), en la que había penas de multa -altísimas- y hasta prisión por la simple tenencia de moneda extranjera. Con estas reflexiones queremos señalar que se contemplaron las normas de carácter valorista con la finalidad de liberalizar la economía del país y de encasillar a cualquier Gobierno futuro -que tuviera pretensiones intervencionistas-, a fin de que si quisiera prohibir o restringir la celebración de contratos que generaran obligaciones en monedas extranjeras, se viera obligado a hacerlo a través de Ley específica o de su equivalente en rango normativo (Decretos Legislativos).

Se observa pues que el Código permite como regla de excepción que las partes puedan acordar mantener en valor constante el monto de las deudas contraídas en moneda nacional. Ello se justificaría, por ejemplo, en aquellos casos en los que el deudor de la obligación de dar sumas de dinero recibiera, como contraprestación, bienes cuyo ritmo de depreciación es muy lento, o que mantienen su valor intrínseco, o que, inclusive, se revalúan. Es claro, en estas hipótesis, que la entrega diferida del mismo número de unidades de moneda nacional que el pactado, en una economía envilecida por la inflación, conduciría necesariamente a graves desequilibrios e injusticias, y que el acreedor se hallaría desamparado y sufriría un empobrecimiento ante el correlativo enriquecimiento del deudor. Todo ello obligaba a la intervención del legislador para buscar los correctivos necesarios.

Conviene aclarar que los dos últimos párrafos del artículo 1235 citado tienen el mismo propósito de proteger al acreedor. Ellos establecen que el pago de deudas -cuando se ha pactado el valorismo- se efectuará en moneda nacional, en monto equivalente al valor de referencia, al día del vencimiento de la obligación; se añade que, si el deudor retardara el pago, el acreedor puede exigir, a su elección, que la deuda sea pagada al valor de referencia al día del vencimiento de la obligación o al día en que se efectúe el pago.

El acreedor tiene, pues, el derecho a que se le pague en valores constantes al día del vencimiento de la obligación. Pero si el deudor retrasa el pago y pretende, no obstante ese atraso, pagar con el valor del día del vencimiento, parece evidente que en una economía inflacionaria se le causaría un grave perjuicio al acree-

dor. Por ello, para estos casos la ley prevé que el acreedor pueda exigir el pago, bien al valor del día del vencimiento de la obligación o bien al valor del día en que efectivamente se verifique dicho pago.

Por último, el artículo 1236 -hoy modificado por el Código Procesal Civil de 1993- establece la regla valorista como principio, y la regla nominalista como excepción. En efecto, dicha norma prescribe que: "Cuando por mandato de la ley o resolución judicial deba restituirse una prestación o determinar su valor, éste se calcula al que tenga el día del pago, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario.- El Juez, incluso durante el proceso de ejecución, está facultado para actualizar la pretensión dineraria, aplicando los criterios a que se refiere el artículo 1235 o cualquier otro índice de corrección que permita reajustar el monto de la obligación a valor constante. Para ello deberá tener en cuenta las circunstancias del caso concreto, en resolución debidamente motivada."

Vale la pena precisar que el Código Civil no adopta la misma regla en el caso de la indemnización por responsabilidad extracontractual, no obstante que en esta hipótesis exige el pago de intereses legales desde el día en que se causó el daño (artículo 1985).

Vemos pues cómo el Código Civil Peruano establece el principio nominalista para el pago de las deudas contraídas en moneda nacional, admitiendo el pacto valorista en contrario. Pero, para la restitución del valor de una prestación distinta, prevé la regla valorista, admitiendo el pacto en contrario nominalista.

Conviene puntualizar que la solución que propone el Código Civil de 1984 recoge la experiencia derivada de la aplicación de la Ley N° 23327 -promulgada el 24 de noviembre de 1981-, de inspiración valorista, que autorizaba a las partes convenir por escrito que el pago de deudas provenientes de préstamos de dinero en moneda nacional, a plazo no menor de un año, fuese referido al índice correspondiente de reajuste de las deudas que fijara el Banco Central de Reserva del Perú para las clases de operaciones que éste determinase. No obstante, la regla del nuevo Código Civil tiene un campo de aplicación sustancialmente más amplio que el contemplado por la Ley N° 23327, pues comprende, en general, a las obligaciones de dar sumas de dinero y no tan sólo a las derivadas del mutuo.

El Código, al adoptar como regla general la posición nominalista y las soluciones previstas para el pago de las obligaciones en moneda extranjera -a las que inmediatamente se alude-, ha tenido en cuenta que rigen en el Perú las leyes del curso legal y del curso forzoso. Por la primera, el deudor se libera de la obligación efectuando el pago en signos monetarios de circulación corriente. Por la segunda, el instituto emisor queda autorizado a no reembolsar su valor en oro. Ambos principios se encuentran consagrados por el artículo 43 de la Ley Orgánica del Banco Central de Reserva del Perú, Decreto Ley N° 26123, promulgado el 29 de diciembre de 1992. A la letra, dice el artículo 43, que "Los billetes y monedas que el Banco pone en circulación se expresan en términos de la unidad monetaria del País y son de aceptación forzosa para el pago de toda obligación, pública o privada."

Hasta aquí hemos analizado fundamentalmente los casos en que la moneda nacional está tanto **in obligatione** como **in solutione**. En efecto, el deudor se obliga ante el acreedor a pagar moneda nacional y, el día del pago, él lo realiza en moneda nacional, aunque sea mayor el número de unidades en caso que las partes hubieran optado por el valorismo.

La situación es distinta cuando no es moneda nacional, sino extranjera, la que está **in obligatione**. El artículo 1237 del Código Civil, al regular las obligaciones en moneda extranjera, restringe dichos pactos a los casos no prohibidos por leyes especiales.

Parece evidente que el tráfico internacional, fundamentalmente, y situaciones singulares que determinan la posibilidad de que se concierten obligaciones en moneda extranjera en el territorio de la República, exigen legislar sobre las transacciones permitidas por la ley en estas monedas.

Se ha expresado que cuando la deuda originaria se ha contraído en moneda extranjera, ella está **in obligatione**. Entonces el deudor, para satisfacer su crédito, tiene la obligación de pagar el mismo número de unidades de esa moneda extranjera que el originalmente pactado o, acogiéndose al curso legal de la moneda nacional y al propio artículo 1237 del Código Civil, un número tal de unidades de esta moneda, que permita al acreedor adquirir el mismo número de unidades de moneda extranjera que el estipulado. El pago en moneda nacional por el deudor constituye una obligación facultativa; él está **in facultate solutionis**. El día del vencimiento de la obligación, cuando el deudor debe efectuar el pago, puede optar por la entrega de moneda nacional -que está **in facultate solutionis**- al tipo de cambio de venta de ese día. La entrega de moneda nacional, al día del vencimiento de la obligación, al tipo de cambio de venta de ese día de la moneda extranjera estipulada, permite al acreedor proveerse del mismo número de unidades de moneda extranjera que el debido.

Puede ocurrir, sin embargo, que el deudor, no obstante retrasarse en el pago, desee efectuarlo en moneda nacional. Si la moneda nacional fuera más débil que la moneda extranjera pactada en el contrato y estuviera sometida a sucesivas devaluaciones, de mantenerse sólo la segunda parte del artículo 1237 que permite al deudor pagar la obligación en moneda nacional al tipo de cambio de venta del día del vencimiento, se presentarían flagrantes injusticias. El deudor podría extinguir la obligación entregando moneda nacional a un tipo de cambio histórico -el del día de vencimiento de la obligación-, lo cual no permitiría al acreedor proveerse del mismo número de unidades de moneda extranjera que el debido. El perjuicio es evidente.

Por ello, el precepto se completa con la tercera parte, que establece una obligación alternativa a favor del acreedor para el caso de que el deudor retarde el pago y desee verificarlo en moneda nacional. En esta hipótesis el acreedor podrá exigir, a su elección, que la deuda sea pagada en moneda nacional al tipo de cambio de venta de la fecha de vencimiento de la obligación o al que rija el día del pago.

Si la moneda nacional fuera más débil que la moneda extranjera estipulada en el contrato, el acreedor exigirá su equivalente en moneda nacional de acuerdo con el tipo de cambio de venta que se encuentre vigente al día en que se efectúe el pago. Esto permitirá al acreedor proveerse de igual número de unidades de moneda extranjera que aquél que debió recibir.

Cabe recordar que el precepto concede al acreedor, para estos casos, otra opción, la cual sólo ejercitará cuando la moneda nacional sea más sólida que la moneda extranjera pactada. El acreedor podría exigir el pago en moneda nacional al tipo de cambio de venta de la fecha de vencimiento de la obligación, esto es, la entrega del mismo número de unidades de moneda nacional que el deudor -en caso que no hubiera retardado el pago y, por tanto, de haber cumplido su obligación- habría debido o bien desembolsar para adquirir la moneda extranjera pactada, o bien entregar en pago al acreedor. Es verdad que en esta hipótesis podría aducirse que el acreedor estaría en aptitud de adquirir mayor número de unidades de moneda extranjera que el debido; pero también es cierto que el acreedor recibiría el número de unidades de moneda nacional que debieron pagarle o que pudo adquirir, si la obligación se hubiera cumplido puntualmente. Y, por su parte, el deudor sólo estaría entregando el mismo número de unidades de moneda nacional que debió pagar si hubiera cumplido fielmente su obligación el día de su vencimiento.

Precisa aquí aclarar que el artículo 1 del Decreto Ley N° 25878 de 26 de noviembre de 1992, modificatorio del artículo 1237 del Código Civil, permite pactar el pago obligatorio de una deuda en moneda extranjera en la misma moneda extranjera estipulada en el contrato, con prescindencia de la moneda nacional, derogando parcialmente, al paso, las leyes del curso legal y del curso forzoso.

Lo expuesto nos permite llegar a las siguientes conclusiones:

(1) Que es adecuado el principio nominalista admitido como regla general por el Código Civil Peruano de 1984, para el

pago de las deudas de dinero en moneda nacional. Pero que también se encuentra plenamente justificado que las partes puedan pactar en contrario, optando por la tesis valorista.

(2) Que es conforme la regla del Código que prescribe que la restitución del valor de una prestación distinta a una obligación en moneda nacional, se calcule al que tenga el día del pago, salvo pacto en contrario. En estos casos se justifica plenamente el principio valorista, pudiendo las partes estipulan la tesis nominalista.

(3) Las obligaciones en moneda extranjera tienen en el Código de 1984 un tratamiento distinto y plenamente conforme a su naturaleza jurídica. Ellas se solucionan cuando el deudor paga en la moneda extranjera pactada o, en su defecto, en moneda nacional al tipo de cambio de venta de la moneda extranjera el día del vencimiento de la obligación o el día del pago, salvo el pacto en contrario que permite exigir la restitución en la misma moneda extranjera estipulada.

Al iniciar el Tomo V de nuestro Tratado de las Obligaciones, analizamos detalladamente cada una de las normas que el Código Civil Peruano contempla sobre el particular.

La primera edición de *Para leer el Código Civil, Vol. XVI, Tratado de las Obligaciones, Primera Parte, Tomo IV*, 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